

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

von

G. Sandt,

Königl. Preuß. Erster General-Advokat und Geheimer Justizrath.

Siebenundzwanzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,

Druck und Verlag von Peter Schmitz.

1838.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

von

G. Sandt,

Königl. Preuß. Erster General-Advokat und Geheimer Justizrath.

Neue Folge
Zwanzigster Band.

Erste Abtheilung.

Köln am Rhein,

Druck und Verlag von Peter Schmitz.

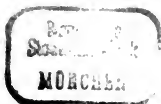
1838.



MÜNCHEN

Inhalt.

Erste Abtheilung.



Mißbilligungsklage. — Gerichtsvollzieher. — Ehemann. — Gütertrennung. — Mobiliarklagen der Ehefrau.

Die in den Art. 352 und flg. der B. P. O. vorgesehene Mißbilligungs-Klage findet auch gegen Gerichtsvollzieher statt.

Der Ehemann, welcher sich mit Ausschließung der Gütergemeinschaft verheirathet, ist auch ohne spezielle Zustimmung seiner Ehefrau zur Geltendmachung aller ihr zustehenden Mobiliarklagen berechtigt. Art. 1428, 1530 u. flg. des B. G. B.

Hoffmann — Scheuß.

Gegen das vom Königl. Handelsgerichte zu Köln am 11. Mai 1836 erlassene Contumacial-Urtheil, wodurch die Eheleute Paul Hoffmann und Agnes Hilgers, welche gemäß ihrem notariellen Heirathsvertrage die Gütergemeinschaft ausgeschlossen hatten, zur Zahlung eines von ihnen acceptirten Wechsels im Betrage von 36 Thlr. nebst Zinsen vom Tage der Klage und den Prozeßkosten zu Gunsten des Kaufmannes Nourney verurtheilt wurden, erfolgte am 17. Juni bei der durch den Gerichtsvollzieher Gassen angedroheten Mobilarpfändung durch die Eheleute Hoffmann, welchen in der Person des Ehemannes der Zahlungsbefehl zugestellt worden war, Einspruch auf dem nämlichen Acte. Am 20. Juni 1836 wurde dieser Einspruch in der gesetzlichen Form auf Anstehen der Eheleute Hoffmann durch den Gerichtsvollzieher Scheuß erneuert, unter gleichzeitiger Vorladung des Oppositen Nourney zur Sitzung des Handelsgerichts vom 1. Juli, wo indeß bei dem Nichterscheinen der Eheleute Hoffmann ein zweites Contumacial-Urtheil erfolgte.

Am 30. Dezember 1836 wurde dieser Act des Gerichtsvollziehers Scheuß, nachdem in der Zwischenzeit der Ehe-

mann Paul Hoffmann gestorben war, mittelst Erklärung auf der Gerichtskanzlei des Königl. Landgerichts zu Köln von der Wittwe Hoffmann auf dem Wege eines Mißbilligungsverfahrens angegriffen, und wirklich am 7. Jan. 1837 auf Betreiben dieser Wittwe der Gerichtsvollzieher Scheuß vor das Königliche Landgericht zu Köln vorgeladen, um die Mißbilligungs-Klage gegen den angeführten Einspruch vom 20. Juni 1836 als gegründet erklären und unter Vernichtung dieses Acts in alle Kosten und zum Schadensersatze sich verurtheilen zu hören. Für den Beklagten wurde der Antrag dahin gestellt, die erhobene Klage als unannehmbar oder doch als ungegründet mit den Kosten abzuweisen. Das am 20. April 1837 vom Königl. Landgerichte zu Köln erlassene Urtheil wies die Klage als ungegründet ab und verurtheilte die Klägerin in die Kosten.

Die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung wurde vom Rh. A. G. H. verworfen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß in der Opposition vom 10. Juni 1836 das Anerkenntniß der Existenz des Contumacial-Urtheils vom 11. Mai auch von Seiten der Appellantin enthalten ist, und deren Hauptinteresse in dem gegenwärtigen Rechtsstreite in der Beseitigung dieses Anerkenntnisses besteht, daher jene Opposition zu denjenigen Acten gehört, gegen welche die Mißbilligungs-Klage für zulässig erklärt ist;

Daß übrigens die Statthaftigkeit einer Mißbilligungs-Klage gegen einen Gerichtsvollzieher bei der Allgemeinheit des, in dem Art. 352 der B. P. O. aufgestellten, auf alle ministerielle Beamte, welche vermöge ihrer amtlichen Stellung zu den in diesem Artikel genannten Acten befugt sind, anwendbaren Grundsatzes keinem Bedenken unterliegen kann;

J. E., daß in den am 5. Oktober 1825 zwischen der Appellantin und ihrem Ehemanne zu Stande gekommenen Heirathsvertrage keine Trennung der Güter verabredet, sondern nur die Gütergemeinschaft ausgeschlossen worden, diese Clausel aber der Appellantin nicht das Recht gab, ihr Vermögen zu verwalten, ihr Ehemann vielmehr zu dieser Verwaltung und namentlich auch zur Geltendmachung aller ihr zustehenden Mobiliarklagen nach der Bestimmung der Art. 1530, 1531 und 1428 des B. G. B. allein berechtigt war;

Daß derselbe bei der ihm und seiner Ehefrau durch den Gerichtsvollzieher Gassen am 17. Januar 1836 unter Androhung der Mobiliarpfändung geschehenen Zustellung des Zahlungsbefehls bereits erklärt hatte, daß er sich einer Mobiliar-Saisie widersetze und das Rechtsmittel der Opposition einlege, der Gerichtsvollzieher Scheuß daher, indem er durch den Act vom 20 desselben Monats die angemeldete Opposition Namens der Eheleute Hoffmann in gehöriger Form wiederholte, hierzu durch den ihm von dem Ehemanne ertheilten und durch den Inhalt des Oppositions-Actes und die aus demselben sich ergebende, an ihn geschehene Uebergabe des Zahlungsbefehls vom 17. Juni und des Contumacial-Urtheils vom 11. Mai nachgewiesenen Auftrag vollkommen befugt war.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die wider das Urtheil des Königl. Landgerichts vom 20. April 1837 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die Kosten.

III. Civil-Senat. Sitzung vom 10. Januar 1838.

Advokaten: Stupp — Haas.

Subhastation. — Nichtigkeit. — Dritteinspruch.

Contumacialurtheile gegen die Partei perimiren nicht, wenn in Gefolge derselben ein Carenzact aufgenommen ist.

Die Einrede im Lizitationstermine: „alles was bisher geschehen, ist nichtig," ist zu allgemein und nicht zu beachten.

Die Vollstreckung rechtskräftiger Urtheile kann weder durch Opposition, noch durch Dritteinspruch und Requête civile aufgehalten werden.

Einreden gegen die Qualifikation der Mitbieter bei einer Subhastation müssen im Lizitationstermine selbst oder durch Ladung ans Landgericht binnen 14 Tagen vorgebracht werden.

Der Gläubiger kann gegen ein zum Nachtheile seines Schuldners ergangenes Urtheil nur dann Dritteinspruch machen, wenn er durch Betrug in seinen Rechten verkürzt worden ist.

Der notorisch zahlungsunfähige Extrahent kann bei der Subhastation mitbieten.

Linnartz — Thierry u. Schleipen — Uerlichs.

Durch Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln vom 18. Mai 1831 und des Friedensgerichts Nro. I. daselbst vom 23. Juli selbigen Jahrs war die Anna Maria Thierry geb. Esser schuldig erklärt worden an die Eheleute Linnartz eine bestimmte Summe zu zahlen. Dieselbe ward später bei dem Nachlasse des Rentners Bartholomäus Esser zu Aachen betheiligt. Unter dem 10. Juni 1835 erging bei dem Landgerichte zu Aachen ein Urtheil, in dem verordnet ward, daß die Eheleute Linnartz mit zu den Theilungsverhandlungen über die Esser'sche Nachlassenschaft zugezogen und aus dem der Ehefrau Thierry zufallenden Theilungsbestande für ihr Guthaben befriedigt werden sollten. Die gegen dieses Urtheil der Frau Thierry eingelegte Berufung ward am 14. Juli 1836 definitiv verworfen.

Durch Zahlungsaufforderung vom 26. Januar 1837 ließen die Eheleute Linnartz die Subhastation eines zu Aachen in der Jacobsstraße Nro. 241 lit. B. belegenen Hauses, welches der Frau Thierry aus der Esser'schen Erbschaft zugefallen war, beim Friedensgerichte des Stadtbezirks zu Aachen einleiten.

Unterm 17. Februar 1837 machte die Ehefrau Thierry gegen diesen Zahlungsbefehl und die angedrohte Subhastation mit Vorladung der Eheleute Linnartz ans Landgericht zu Köln Einspruch, den sie darauf gründete, daß, da sie in Ansehung der ursprünglichen Titel der Eheleute Linnartz von ihrem Ehemanne nicht autorisirt gewesen, selbige nichtig seyen.

Zur Erledigung dieses Einspruch that sie jedoch keine weitern Schritte.

Als aber am 2. September 1837 die Lizitation des Hauses Statt haben sollte, erschien sie durch einen Mandatar und erklärte, sich der Versteigerung zu widersetzen:

1) weil Alles, was geschehen, nichtig sey,

2) weil gegen die Vollstreckung der Urtheile, auf deren Grund die Eheleute Linnartz subhastiren wollten, Einspruch eingelegt und eine Nichtigkeitsklage dagegen angestellt sey,

3) weil die den Urtheilen zu Grunde liegenden Schuldtitel wegen Verletzung der Art. 215 und 217 des B. G. B.

null und die darauf erlassenen Erkenntnisse durch requête civile angegriffen seyen.

Gleichzeitig erschien im Lizitationstermin der als Hypothekargläubiger dazu geladene Metzger Schleipen und opponirte ebenfalls gegen den Verkauf 1) weil er Schleipen nach Art. 1166 des B. G. B. die nämliche Einreden wie die Ehefrau Thierry machen könne und mache, und 2) weil er am 31. August 1837 eine Opposition en référé erhoben und dadurch die Nichtigkeitsklage angestellt habe.

Dieser Oppositionen ungeachtet bestanden die Eheleute Linnartz auf Fortsetzung der Lizitation, die nun auch vor sich ging. Als der Buchdrucker Uerlichs ein Gebot auf das Haus gemacht hatte und der Extrahent Johann Linnartz mitbieten wollte, wurde dem Letztern, der zum Armenrechte zugelassen war, dies vom Friedensrichter untersagt, weil er als Notorisch-Zahlungsunfähiger nach § 22. der Subhastationsordnung zum Mitbieten nicht zugelassen werden könne.

Das Haus wurde hierauf dem Buchdrucker Franz Uerlichs für das Meistgebot von 705 Thlr. zugeschlagen und die Parteien zur Erledigung der vorgekommenen Contestationen in die Sitzung des Landgerichts zu Aachen vom 18. September 1837 verwiesen, wo ein Urtheil erging, welches in seinem Dispositiv lautet: Verwirft die Ferialkammer des Königl. Landgerichts in erster Instanz und in contumaciam zu Recht erkennend, den von der Maria Anna Thierry geb. Esser und dem Metzger Franz Schleipen, alle in Aachen wohnend, gegen die Subhastation des Königl. Friedensgerichts des Stadtbezirks Aachen vom 2. September d. J. erhobenen Einspruch als unbegründet; erhält zugleich den Bescheid des besagten Friedensgerichts, wodurch der Extrahent Linnartz vom Mitbieten ausgeschlossen worden ist, sowie die darauf erfolgte Subhastation und den dem Franz Uerlichs als Letztbietendem ertheilten Zuschlag des fraglichen Hauses hiemit aufrecht und verurtheilt die Opponenten in drei Viertel, den Extrahenten Linnartz in ein Viertel der Kosten.

Gegen dieses Urtheil legten Schleipen und A. M. Thierry geb. Esser dem Uerlichs gegenüber am 9. November, den Eheleuten Linnartz gegenüber am 30. November 1837, dann die Eheleute Linnartz am 9. Dezember 1837 dem Uerlichs gegenüber die Berufung ein. Durch Bittschrift vom 12. Dezember 1837 formirte Schleipen dem Uerlichs sowohl,

als Linnartz gegenüber in subsidium Dritt=Opposition gegen die Urtheile vom 18. Mai 1831, 23. Juli 1831 und 10. Juni 1835.

Bei dem Appellationshofe trug Anwalt Mauß für die Appellanten A. M. Thierry und Franz Schleipen darauf an, die gegen das auf Betreiben der Eheleute Linnartz wider die Eheleute ꝛc. Thierry beim Königl. Friedensgerichte des Stadtbezirks Aachen eingeleitete Subhastationsverfahren erhobenen Einsprüche und vorgeschützten Einreden anzunehmen, den Bescheid des gedachten Friedensgerichtes vom 2. September 1837, wodurch der Extrahent Linnartz vom Mitbieten ausgeschlossen worden, so wie auch die darauf erfolgte Subhastation und den dem Appellaten ꝛc. Uerlichs ertheilten Zuschlag des fraglichen Hauses zu vernichten und das ganze Verfahren aufzuheben, u. s. w.

Subsidiarisch für den Appellanten Schleipen, demselben zu beurkunden, daß derselbe eventualiter insofern nöthig, das Rechtsmittel der Dritt=Opposition gegen folgende Urtheile ergreift:

1) in Sachen des nunmehrigen Appellaten ꝛc. Linnartz, Klägers, wider Bartel Thierry und dessen Mutter Maria Anna Thierry geb. Esser beide ohne Gewerbe zu Köln, Beklagte, in contumaciam der Beklagten, beim Königl. L. G. zu Köln am 18. Mai 1831 erlassen, wodurch die Beklagten solidarisch zur Zahlung einer Summe von 891 Thlr. 5 Sgr. 2 Pf. und einer Summe von 65 Thlr. 20 Sgr. 5 Pf. nebst Zinsen und Kosten an den Kläger verurtheilt worden;
2) in Sachen des ꝛc. Linnartz, Klägers, gegen Maria Anna Esser geschiedene Ehefrau von Ulrich Thierry, ohne Gewerbe zu Köln, Beklagte, beim Friedensgerichte Nro. I. der Stadt Köln am 23. Juli 1831 in contumaciam der Beklagten ergangen, wodurch die Letztere zur Zurückgabe der im Urtheile spezifizirten Gegenstände in natura oder zur Zahlung des dafür angesetzten Werthes mit 43 Thlr. 5 Sgr. und zur Erstattung eines Betrages von 1 Thlr. 10 Sgr. wegen Einlösegeldes einer Uhr und der Kosten an den Kläger verurtheilt worden;
3) zur Sache der Eheleute ꝛc. Linnartz gegen die Ehefrau ꝛc. Thierry am 10. Juni 1835 beim L. G. zu

Aachen erlassen, wodurch verordnet worden, daß die Intervenienten Eheleute Linnartz zu den Theilungsverhandlungen in der Sache der Josephine Rüttgers Wittwe Johann Bartholomäus Esser und Consf. gegen Anna Maria Esser, Ehefrau Ulrich Thierry mit zuzuziehen, und aus dem der Ehefrau Ulrich Thierry zufallenden Theilungsbestande für ihre Forderungen aus den beiden oben angeführten Urtheilen befriedigt werden sollten cum expensis;

demnach die Dritt-Opposition anzunehmen, die dadurch angegriffenen Urtheile aufzuheben, mit ihren Folgen außer Kraft und Wirkung zu setzen und dem widersprechenden Theile die Kosten zur Last zu legen.

Anwalt von Hontheim trug an: a) hinsichtlich der Berufung der Ehefrau Thierry und des Franz Schleipen: den Appellaten zu beurkunden, daß sie aus dem Grund und insofern gegen das Urtheil des L. G. zu Aachen vom 18. September 1837 incidenter appelliren, als das vor dem Friedensgerichte der Stadt Aachen zwischen den Partheien betriebene Subhastationsverfahren wegen Ausschließung des ꝛc. Linnartz vom Mitbieten nicht vernichtet worden, ihnen ferner zu beurkunden, daß sie gegen eine Abänderung des Urtheils a quo in dieser Beziehung nichts einzuwenden haben, im Gegentheile dieselbe beantragen, im Uebrigen die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung, so wie die subsidiarisch durch Franz Schleipen formirte Dritt-Opposition als unannehmbar und ungegründet zu verwerfen, die Appellanten resp. den Dritt-Opponenten in die Kosten beider Instanzen zu verfälligen.

b) Hinsichtlich der Berufung des ꝛc. Linnartz: das Urtheil des L. G. zu Aachen vom 18. September 1837 zu reformiren, besser sprechend das auf Betreiben der Appellanten wider die Frau Thierry geb. Esser beim Friedensgerichte des Stadtbezirks zu Aachen eingeleitete Subhastationsverfahren, so wie den Bescheid dieses Friedensgerichtes vom 2. September 1837, wodurch der Extrahent Linnartz vom Mitbieten ausgeschlossen wurde, und den dem Appellaten Uerlichs geschehenen Zuschlag zu vernichten.

Anwalt Lützeler trug dahin an: die eingelegten Berufungen zu verwerfen und die Appellanten in Strafe und Kosten zu verurtheilen.

Zusätzlich trug er an: die Dritt-Opposition des Schleipen als unstatthaft, subsidiarisch als ungegründet zu verwerfen.

Es wurde hierüber folgende Entscheidung erlassen:

Auf die Berufung des Franz Schleiper und der Anna Maria Esser verehelichte Ulrich Thierry.

J. E., daß dem auf das Betreiben der Appellaten, Eheleute Johann Linnartz und Catharina Gudula Pfeil, gegen die Eheleute Ulrich Thierry, in Folge des Zahlungsbefehls vom 26 Januar 1837 bei dem Königl. Friedensgerichte des Stadtkreises Aachen, in Betreff eines daselbst belegenen Wohnhauses, eingeleiteten Subhastationsverfahren zwei, am 18. Mai, so wie am 23. Juli 1831 bei dem Königl. Landgerichte zu Köln, beziehungsweise bei dem Königl. Friedensgerichte Nr. I. daselbst, ergangenen Contumazialerkenntnisse, sodann ein Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 10. Juni 1835 und endlich ein Kosten-Executorium vom 11. August 1836 zum Grunde liegen;

Daß gegen die beiden zuerst erwähnten Contumazialerkenntnisse v. 18. Mai und v. 23. Juli 1831, von der dermaligen Appellantin Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry, gegen welche dieselben gerichtet sind, weder das Rechtsmittel der Opposition, noch jenes der Appellation ergriffen worden ist;

Daß auch das zuerst bezogene Erkenntniß vom 18. Mai 1831 dadurch, daß auf den Grund desselben unterm 22. August 1831 ein Carenzprotokoll angefertigt wurde, der durch den Art. 156 der B. P. O. ausgesprochenen Peremtion nicht unterliegt;

Daß zwar die Appellantin Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry, gegen das zuletzt erwähnte, am 10. Juni 1835 bei dem Königl. Landgerichte zu Aachen ergangene Urtheil, das Rechtsmittel der Abberufung ergriffen hat, daß jedoch dasselbe durch das Erkenntniß des Rh. A. G. H. vom 5. Mai 1836 in contumaciam verworfen und eben so auch der gegen dieses letztere Erkenntniß erhobene Einspruch durch das Erkenntniß desselben Gerichtshofes vom 14. Juli 1836 zurückgewiesen worden ist.

J. E., daß nun von den verschiedenen gegen das auf den Grund dieser Erkenntnisse eingeleitete Subhastationsverfahren, in dem Lizitationstermine vom 2. September 1837 durch die Appellanten zu Protokoll angebrachten Einreden, die zuerst hervorgehobene, auf die allgemeine Behauptung beschränkte

Einrede: „daß nämlich alles was geschehen gesetzwidrig sey," ihrer Allgemeinheit wegen, zu einer nähern rechtlichen Würdigung nicht geeignet ist;

Daß auch, da die sämmtlichen dem Subhastationsverfahren zum Grunde liegenden Erkenntnisse, wie aus den frühern Anführungen sich ergibt, die Rechtskraft beschritten haben, die Vollstreckung derselben weder durch den von der Appellantin Anna Maria Esser, verehlichte Ulrich Thierry durch Gerichtsvollziehersact vom 17. Februar 1837 im Allgemeinen dagegen gemachten Einspruch, noch durch die auf das Anstehen des Mitappellanten Schleipen durch Gerichtsvollziehersact vom 31. August 1837 erfolgte und durch Präsidialbescheid vom 16. September desselben Jahres zurückgewiesene Vorladung zur Sitzung, aufgehalten werden konnte;

Daß zwar von der Appellantin Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry auch noch auf einen gegen die fraglichen Erkenntnisse von ihr angeblich eingeleitetes Verfahren auf Wiedereinsetzung in den vorigen Stand (requête civile) Bezug genommen wird, daß jedoch von der wirklichen Einleitung eines solchen Verfahren die vorliegenden Prozeßverhandlungen eines Theils gar keine Spur enthalten, andern Theils aber auch, selbst wenn solches dennoch wirklich der Fall wäre, dadurch die Vollstreckung der betreffenden Urtheile der ausdrücklichen Vorschrift des Artikels 497 der B. P. O. zufolge, eben wenig würde haben gehemmt werden können;

Daß die Einreden, welche die Appellanten der Rechtsbeständigkeit der Urtheile des Landgerichts, beziehungsweise des Friedensgerichts zu Köln vom 18. Mai und 23. Juli 1831 entgegenstellen, und welche aus der mangelnden Autorisation der Appellantin Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry zum Auftreten vor Gericht hergeleitet worden, bereits in dem in der Appellationsinstanz bestätigten Erkenntnisse des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 10. Juni 1835 gewürdigt und als unstatthaft durch dasselbe verworfen worden sind;

Daß demnach dieselben Einreden nicht ferner mehr Gegenstand der richterlichen Prüfung seyn können ohne dadurch die Rechtskraft des bezogenen Erkenntnisses zu verletzen.

J. E, daß der von den Appellanten gegen das Verfahren in dem Lizitationstermine vom 2. September 1837 deshalb gemachte Einwand, weil der als Mitbieter in diesem Termine aufgetretene Linnartz zum Bieten von dem betreffen-

den Friedensrichter nicht zugelassen worden ist, von den Appellanten aus dem Grunde nicht geltend gemacht werden kann, weil sie denselben weder in dem Lizitationstermine selbst, (§ 28. der Subhastationsordnung) noch in den nächsten vierzehn Tagen nach dem Zuschlage (§ 29. der Subhastationsordnung) vorgebracht haben.

J. E., anlangend die von dem Appellanten Schleipen gegen die oft erwähnten Erkenntnisse vom 18. Mai und 23. Juli 1831, so wie vom 10. Juni 1835, subsidiarisch ergriffene Dritt-Opposition, daß derselbe zu der Begründung dieses Rechtsmittels die Behauptung aufgestellt hat, daß durch die fraglichen Erkenntnisse, zu welchem er nicht verabladet worden sey, seinen Rechten als Gläubiger der Mitappellantin Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry nicht habe präjudizirt werden können;

Daß der Appellant beziehungsweise Dritt-Opponent jedoch nicht behauptete, daß den von ihm mittelst der Dritt-Opposition angegriffenen Erkenntnissen ein Betrug von Seiten seiner angeblichen Gläubigerin, Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry, zum Grunde liege;

Daß folglich derselbe die Rechtsbeständigkeit derselben, nach Vorschrift des Art. 1166 des B. G. B., auch nicht in eigenem Namen, sondern immer nur an die Stelle seiner Gläubigerin und indem derselbe die Rechte der letztern ausübt, anstellen kann, mithin auch nur insofern das Rechtsmittel der Dritt-Opposition dagegen einweden kann, als die letztere selbst dazu rechtlich befugt gewesen seyn würde;

Daß aber da eine solche Befugniß zu der Einleitung des Rechtsmittels der Dritt-Opposition gegen die fraglichen Erkenntnisse, zu welchen sie verabladet worden ist, der Appellantin Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry offenbar gesetzlich nicht zusteht, der Appellant Schleipen, als deren Recht vertretend dazu eben wenig als befugt erscheint;

Daß daher die Appellation des Franz Schleipen und der Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry, so wie die von dem erstern ergriffene Dritt-Opposition verworfen werden muß.

Auf die Haupt- und Incidentberufung der Eheleute Johann Linnartz und Catharina Gudula geborne Pfeil.

J. E., daß zwar der Vorschrift des § 22. der Subhastationsordnung zufolge, Unbekannte nicht Angesessene oder notorisch Zahlungsunfähige zum Mitbieten nur zugelassen

werden sollen, wenn sie sich durch Stellung eines als Selbstschuldner haftenden zahlungsfähigen Bürgen, oder als Mandatar einer zahlungsfähigen Person, durch Vorlegung einer Vollmacht dazu qualifiziren;

Daß auch der Appellant Linnartz, als derselbe zu der Stellung einer solchen Bürgschaft von dem die Subhastation leitenden Friedensrichter aufgefordert wurde, zu der Leistung derselben nicht im Stande war;

Daß aber, ohne hier in die rechtliche Erörterung der Frage einzugehen, ob der Friedensrichter ihm deßhalb von einem weitern Bieten, von Amtswegen, und ohne vorherigen Antrag einer der bei der Subhastation betheiligten Personen, überhaupt wohl hätte ausschließen können, der Appellant Linnartz jeden Falls nicht in die Kategorie derjenigen Personen gehörte, welche in dem vorliegenden Falle von dem Mitbieten gesetzlich ausgeschlossen sind;

Daß derselbe vielmehr als Extrahent des Subhastationsverfahrens, der Vorschrift des § 4. der Subhastationsordnung zufolge, das erste Gebot auf die zu subhastirende Realitäten abzugeben hatte, und eben dadurch von dem Gesetze selbst als Mitbieter befähigt worden ist, da ja der Fall auch sehr wohl möglich gewesen, daß demselben für das von ihm abgegebene erste Gebot der Zuschlag hätte ertheilt werden müssen;

Daß demnach das eingeleitete Subhastationsverfahren, weil das von dem Appellanten Linnartz in dem Lizitationstermine abgegebene Gebot nicht berücksichtigt worden ist, der Vorschrift des § 32. der Subhastationsordnung zufolge an einer unheilbaren Nichtigkeit leidet.

J. E., daß der Antrag der Appellanten, insoweit derselbe gegen Barthel Thierry gerichtet ist, nicht berücksichtigt werden kann, weil derselbe in dem vorliegenden Verfahren gar nicht als Partei aufgetreten ist.

J. E. endlich, so viel den Kostenpunkt betrifft, daß die Kosten der Appellation den Appellanten Franz Schleipen und der Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry, so wie die gesetzliche Strafe der von dem erstern ergriffenen Dritt-Opposition, denselben, da sie in ihren Anträgen überall unterliegen, selbstredend zur Last fallen müssen;

Daß dahingegen, anlangend die Kosten der Berufung der Eheleute Linnartz, dieselben, so wie das den letztern durch das Urtheil zur Last gelegte ein Viertel der Kosten der

ersten Instanz, von dem Appellaten Franz Uerlichs zu tragen sind, weil derselbe sowohl in der ersten, als in der gegenwärtigen Appellationsinstanz die Aufrechthaltung der Adjudikation des subhastirten Wohnhauses für sich hat geltend gemacht.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Erkenntniß des Königl. L. G. zu Aachen vom 18. September 1837 von den Appellanten, Metzger Franz Schleipen und Anna Maria Esser verehlichte Thierry eingemittelte Berufung, so wie die von dem erstern gegen das Erkenntniß des Königl. L. G. zu Köln vom 18. Mai 1831, gegen das Erkenntniß des Königl. Friedensgerichts Nro. I. daselbst vom 23. Juli 1831 und gegen das Erkenntniß des Königl. L. G. zu Aachen vom 10. Juni 1835 subsidiarisch angebrachte Dritt-Opposition als ungegründet, verurtheilt dem zufolge die genannten Appellanten Franz Schleipen und Anna Maria Esser verehlichte Ulrich Thierry in die durch ihre Appellation verursachten Kosten so wie in die gesetzliche Succumbenzstrafe, den Appellanten und Dritt-Opponenten Franz Schleipen aber außerdem noch in die gesetzliche Geldbuße von 14 Thaler, ändert dahingegen das angeführte Erkenntniß des Königl. L. G. zu Aachen vom 18. September 1837, auf die dagegen von den Eheleuten Johann Linnartz und Katharina Gudula geb. Pfeil eingelegte Haupt- und Incidentberufung insofern ab, als dadurch der dem Appellaten Uerlichs in dem bei dem Königl. Friedensgerichte des Stadtkreises Aachen am 2. September 1837 angestandenen Lizitationstermine ertheilte Zuschlag des auf das Betreiben der Eheleute Linnartz gegen die Eheleute Ulrich Thierry zur Subhastation gebrachten zu Aachen in der Jakobsstraße belegenen mit der Nummer 241 Litt. B. bezeichneten Wohnhauses, aufrecht erhalten und den Appellanten ein Viertel der Kosten der ersten Instanz zur Last gestellt worden ist, und vernichtet an die Stelle des ersten Richters zu Recht erkennend, das auf das Betreiben der Appellanten, Eheleute Linnartz wider die Eheleute Ulrich Thierry in Betreff des fraglichen zu Aachen in der Jakobsstraße belegenen mit der Nummer 241 Litt. B. bezeichneten Wohnhauses bei dem Königl. Friedensgerichte des Stadtkreises Aachen eingeleitete Subhastationsverfahren, mit Einschluß des Subhastationspatentes vom 8.

Mai 1837, so wie den auf den Grund desselben in dem Lizitationstermine vom 2. September 1837 dem Appellaten Uerlichs ertheilten Zuschlag des zur Subhastation gebrachten Hauses und verurtheilt den Appellaten Uerlichs in die durch die Appellation der Eheleute Linnartz verursachten Kosten, so wie in das den letztern zur Last gelegte eine Viertel der Kosten der ersten Instanz u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 23. Februar 1838.

Advokaten: v. Hontheim — Maus — Lützeler.

Eigenthum. — Vindication. — Beweis.

Zur Begründung der Eigenthumsklage reicht es für den Kläger nicht hin, das dominium praeteritum an dem in Anspruch genommenen Gegenstande erwiesen zu haben, sondern der Vindikant muß sein Eigenthum bei Anstellung der Klage (dominium praesens) darthun *).

Erben Pauli — Boos.

Die Erben Pauli belangten den Peter Boos auf Herausgabe gewisser Grundstücke vor das Landgericht zu Coblenz und erboten hier einen Beweis der durch Urtheil vom 10. März 1837 als irrelevant verworfen wurde. In der Appellationsinstanz erboten die Erben Pauli den Beweis, daß ihr Erblasser die fraglichen Grundstücke in den Jahren 1744, 1761, 1763 erworben, und seit dem Erwerbe länger als 10 Jahre besessen hätte.

Der Appellat setzte der Klage die Einrede der Verjährung entgegen, sich zu dem Beweise erbietend, daß er die fraglichen Grundstücke länger als 30 Jahre besessen habe. Es erging folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Appellanten, da sie nicht auf Grund eines zwischen ihnen und dem Appellaten bestehenden obligatorischen Verhältnisses, sondern auf Grund ihres Eigenthumes die Herausgabe der in Frage befangenen Grundstücke verlangen, den Beweis dieses Eigenthumes zu führen

*) Eine entgegengesetzte Entscheidung ist in diesem Archiv Band XIV. Abthl. 1 S. 196 zu lesen.

gehalten sind; daß dieser Beweis in erster Instanz nicht erbracht, die Frage aber, ob derselbe, so wie er vor dem ersten Richter erboten worden, hätte zugelassen werden müssen, hier nicht zu untersuchen ist, da Appellanten nicht auf das früher gemachte Beweiserbieten zurückkommen, sondern die Reformation des Urtheils a quo nur dahin verlangen, daß sie zu einem in gegenwärtiger Instanz artikulirten Beweise zugelassen werden; daß es daher lediglich auf die Prüfung der Erheblichkeit dieses Beweises ankommt.

J. E., daß die Appellanten principaliter darthun wollen, daß ihre Rechtsvorgänger einen Theil der in Rede stehenden Grundstücke am 27. Novbr. 1761 u. resp. am 12. December 1763 erkauft und von diesem Erwerbe an länger als 10 Jahre besessen haben, und daß ihre Rechtsvorgängerin Gertrud Riesen andere von diesen Grundstücken im Jahre 1744 ererbt und von da an länger als 30 Jahre im Besitze gehabt habe, daß aber hieraus nur hervorgehen würde, daß die Rechtsvorgänger der Appellanten in den Jahren 1771, 1773 und resp 1774. Eigenthümer der fraglichen Grundstücke gewesen seyen; daß indessen dieser Umstand die Annahme nicht rechtfertigen würde, daß Appellanten zur Zeit der angestellten Klage, im Jahre 1836 Eigenthümer gewesen, da zwischen diesem Zeitpunkte und dem des behaupteten Eigenthumsbesitzes der bedeutende Zwischenraum von mehr als 60 Jahren liegt; daß daher der principaliter erbotene Beweis als unerheblich erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die von dem Urtheile des Königl. L. G. vom 10. März 1837 eingelegte Berufung u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 7. März 1838.

Advokaten: von Hontheim — Lautz.

Appellable Summe. — Berufbarkeit.

Wird von einem Urtheile erster Instanz, welches über mehrere Contestationspunkte entscheidet, nur in Bezug auf einige dieser Streitpunkte Berufung eingelegt, so ist die Berufung nur dann annehmbar, wenn die durch Berufung angegriffenen Verfügungen eine Summe von mehr als 1000 Frc. zum Gegenstand haben.

Bündgens — Bündgens u. Stürz.

In der Theilungssache der Nachlassenschaft von Mathias Bündgens kamen eine Menge von Contestationspunkten zur Sprache, über welche das Königl. Landgericht in Aachen durch Urtheil vom 17. März 1836 erkannte. Einer der Betheiligten griff dies Urtheil in zwei Punkten an. Diese beiden Punkte betrafen zwei Forderungen, die eine von 136 Thlr., die andere von 100 Thlr., welche Appellant gegen die Masse reklamirte.

Die Berufung wurde jedoch aus folgenden Gründen als unannehmbar verworfen:

J. E., daß der Appellant die Berufung gegen das Urtheil vom 17. März 1836 nur in sofern eingelegt hat, insofern dadurch gegen seine Anträge rücksichtlich der drei durch Mathias Bündgens für Conrad Bündgens an Essing in Köln gezahlten Wechsel und rücksichtlich der von Theodor Hellmanns gezahlten 200 Thlr. erkannt worden ist, daß er wegen den besagten Wechseln die Collation des Betrages derselben mit 136 Thlr. und wegen der von Hellmanns für ihn und Mathias Bündgens vorgeschossenen 200 Thlr. die Hälfte mit 100 Thlr aus der Masse präleviren zu dürfen angetragen hatte; daß diese Summe zusammen aber nur den Betrag vom 236 Thlr. berg., daher eine appellable Summe von 1000 Frc. nicht erreichen, daß diesemnach die Berufung wegen Mangel einer appellablen Summe nicht angenommen werden darf *).

III. Senat. Sitzung vom 31. Januar 1838.

Advokaten: Stupp — Lautz — Lützeler.

Todeserklärung. — Dritte. — Res inter alios.

Die in Gemäßheit des Gesetzes vom 2. August 1828 von einer dazu qualifizirten Person impetrirte Todeserklärung kann von Dritten, welche nicht dabei konkurrirt haben, nicht aus dem Grunde als unwirksam angefochten werden, weil sie res inter alios acta bilde.

*) Das Königl. Landgericht hatte über mehrere Steitpunkte, welche insgesammt die Summe von 1000 Frc. weit überstiegen zu erkennen und hat auch wirklich darüber erkannt, es konnte

Rademacher — Wichterich.

J. E., daß nach der ausdrücklichen Bestimmung der Allerhöchsten Verordnung vom 2. August 1828 alle diejenigen, welche auf irgend eine Weise an dem in den Jahren 1806 bis 1815 geführten Kriege Theil genommen haben und darin vermißt worden sind, von dem Gerichte ihres Wohnortes, wenn die hiebei ertheilten Vorschriften beobachtet sind, auf den Antrag der kontrahirenden Interessenten, für todt erklärt, und der Tag der Rechtskraft dieses Erkenntnisses als der Todestag des Verschollenen und als der Tag der definitiven Einweisung der Erben in den Besitz dessen Nachlasses angesehen werden soll, ohne daß es hiebei einer öffentlichen Vorladung desselben oder sonstiger Förmlichkeit des Verfahrens gegen Verschollene bedarf;

Daß die zur Erwirkung einer solchen Todeserklärung des Hermann Klein, Ehegatten der Appellatin vorgeschriebenen Förmlichkeiten beobachtet sind, auch dagegen nichts vorgebracht sondern nur angeführt ist, daß das Erkenntniß vom 2. Dezember 1834, worin dieselbe ausgesprochen wurde, ohne sie — die Appellantin — gehört oder zugezogen zu haben erlassen worden sey, daher gegen sie nicht zur Anwendung kommen könne;

Daß es aber nach der angeführten gesetzlichen Bestimmung eines solchen kontradiktorischen Verfahrens so wenig als der für gewöhnliche Todes- und Abwesenheitserklärungen vorgeschriebenen Förmlichkeiten bedurfte, vielmehr unter diesen Umständen der Tag, an welchem das, die Todeserklärung

---

mithin nach Art. 4 lit. 4 des Gesetzes vom 24. August 1790 nur in erster Instanz urtheilen. Nach den Motiven des Appellations-Erkenntnisses hätte aber das Urtheil des ersten Richters die Wirkung eines Urtheils letzter Instanz dadurch erhalten, daß dasselbe nur in zwei Punkten, welche zusammen den Betrag von 1000 Frc. nicht übersteigen, durch Berufung angegriffen worden. Heißt dies nicht so viel, als daß durch die Berufung, wodurch die Rechtskraft des Urtheils bestritten wurde, Appellant selbst ihm diese Rechtskraft beigelegt habe, weil er nicht von allen Theilen des Urtheils appellirte und wird eine Folge hiervon nicht die seyn, daß die Partei, welche sich durch ein Urtheil in einigen Punkten (deren Gegenstand keine 1000 Frc. beträgt) beschwert hält, gezwungen sey, um hierunter Recht zu erlangen von Punkten zu appelliren, die sie als richtig beurtheilt anerkennen muß?

des Abwesenden aussprechende Erkenntniß publizirt worden, als der Todestag des Verschollenen und als der Tag der Rechtskraft des Erkenntnisses anzusehen ist;

Daß daher die Gütergemeinschaft, woraus die Appellantin an der ihrem verschollenen Ehemann gebührenden Leibzucht betheiligt seyn will, mit dem gesetzlich präsumirten Tode desselben und durch die definitive Einweisung des Eigenthümers in den definitiven Besitz des fraglichen Hauses aufhört, mithin die Appellantin auch durch das Urtheil erster Instanz nicht beschwert ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. L. G. zu Köln vom 16. November 1835 eingelegte Berunfung unter Verurtheilung der Appellantin in die in dieser Instanz weiter aufgegangenen Kosten und in die gesetzliche Geldbuße.

I. Senat. Sitzung vom 19. März 1838.

Advokaten: Müller — Holthoff.

Berufung. — Acquiescement. — Schuldurkunde. — Besitz. — Zahlung.

Handlungen, aus welchen auf eine Beruhigung bei einem erlassenen Urtheile geschlossen werden soll, so daß nachher eine Berufung dagegen nicht mehr annehmbar erscheine, müssen solche seyn, die unzweideutig und nothwendig auf eine Zufriedenheits-Erklärung schließen lassen und denen nach Lage der Sache eine andere Deutung nicht unterlegt werden kann.

Der bloße Besitz einer Schuldurkunde rechtfertigt nicht die Anwendung des Art. 1240 des B. G. B., so daß der Schuldner gültig an einen solchen Besitzer zahlen kann, sondern der in jenem Artikel gebrauchte Ausdruck: «possesseur de la créance» unterstellt einen solchen, der einen zum Uebertrage des Eigenthums geeigneten Rechtstitel für sich hat.

Gemeinde Monzelfeld — Seul u. Cons.

Gemäß Schuldurkunde vom 2. September 1788 war Philipp Hartmann von Eller Gläubiger der Gemeinde Monzelfeld zum Kapitalbetrag von 300 Thlr. trierisch. Sein Vermögen vererbte sich zu gleichen Theilen auf seine zwei Töchter: Anna Maria, verehelicht mit Peter Bartholomäus Gietzen, und Clara, verehelicht mit Nikolaus Meurers, welche letztere fünf Kinder erzeugten, unter andern eine Tochter Theresia Meurers, in der Folge mit Johann Seul verehelicht. Letzterer und seine Streitgenossen, welche behaupteten, daß die auf Clara Hartmann vererbte Hälfte des vorbemerkten Kapitals, nach dem Ableben der Eheleute Meurers, bei der Theilung ihres Nachlasses, in das Loos der Theresia Meurers, verehelichte Seul gefallen sey, in deren Rechte sie eingetreten seyen, ließen nach vergeblich auf administrativem Wege desfalls gepflogenen Verhandlungen, unterm 29. März 1836 die Gemeinde Monzelfeld an das Königl. Landgericht zu Koblenz vorladen, um daselbst zur Zahlung

1) der Hauptsumme von	150	Thlr.	trierisch,
2) der bis zu Martini 1815 berechneten Zinsen ad	128	„	„
3) der ferner bis zum 11. November 1835 erfallenen Zinsen mit	150	„	„
Zusammen	428	Thlr.	trierisch,

oder 356 Thlr. 20 Sgr. preuß. nebst ferneren Zinsen der Hauptsumme vom 11. November 1835 ab, und Zinsen der übrigen Beträge vom Tag der Klage ab, nebst Kosten verurtheilt zu werden.

Für die Gemeinde Monzelfeld wurde vorerst die Unzulässigkeit der Klage behauptet, weil dem § 11. des Gesetzes vom 7. März 1822 gemäß, vorher wegen der in lite befangenen Forderung eine Einigung mit der schuldnerischen Gemeinde durch den Kanal ihres Schuldentilgungs-Ausschusses, mittelst Anmeldung der Forderung bei diesem Ausschusse, habe versucht werden müssen, was nicht geschehen sey. Zudem sey aber auch das ganze Kapital von 300 Thlr. trier. in dem am 27. März 1820 von der Königl. Regierung zu Trier genehmigten Schuldentilgungs-Status der Gemeinde auf den Namen von Peter Gietzen von Eller eingetragen

und an diesen als Erben des ursprünglichen Gläubigers bezahlt worden, der ihr auch den Schuldtitel ausgeliefert habe, so daß hier der Art. 1240 des B. G. B. in Verbindung mit dem Art. 1282 ibidem zur Anwendung komme.

Für die Kläger wurde replizirt, daß die Wirksamkeit der Schuldentilgungs-Ausschüsse sich nur auf die noch nicht liquidirten Forderungen erstreckt habe, daß nun aber, dem eignen Vorbringen der Beklagten gemäß die in Frage stehende Forderung bereits im Jahre 1820 liquidirt worden, das Gesetz vom 7. März 1822 folglich auf gegenwärtigen Fall nicht anwendbar sey. Was die Liberations-Einrede betreffe, so habe die Verklagte sich gegen Peter Gietzen gültigerweise nur für dessen Antheil an dem fraglichen Kapital die Hälfte desselben nämlich liberiren können. Der Artikel 1240 könne unterliegend keine Anwendung finden, da er nicht von dem bloßen Besitzer oder Inhaber der Schuldurkunde spreche, sondern einen solchen unterstelle, der seinen Besitz auf eine rechtsgültige Weise erworben habe. Eben so setze der Art. 1282 voraus, daß der wahre Gläubiger dem Schuldner den Titel zum Beweise der Liberation übergebe.

Durch Urtheil vom 11. August 1836 gab das Königl. Landgericht, unter Verwerfung der von der Verklagten vorgebrachten Unannehmbarkeits-Einrede, und mit Annahme der von den Klägern in Bezug auf die Art. 1240 u. 1282 aufgestellten Grundsätze, denselben den durch Urkunden zu führenden Beweis auf: „Daß das gemäß Schuldurkunde vom 2. September 1788 von der Gemeinde Monzelfeld von Philipp Hartmann von Eller geschuldete Kapital durch das Ableben des Gläubigers zur Hälfte auf Nikolas Meurers von Eller, von diesem auf dessen Tochter Theresia und sofort an sie, die Kläger, und in welchem Verhältnisse an Letztere gekommen sey."

Der Verklagten den Gegenbeweis insbesondere den vorbehaltend: „daß Peter Gietzen alleiniger Eigenthümer des ganzen fraglichen Kapitals gewesen sey."

Zur Erbringung des Beweises produzirten die Kläger in der hierzu bestimmten Sitzung mehrere Urkunden und trugen durch ihren Anwalt darauf an, den Beweis für erbracht zu erklären, und nunmehr ihrem ursprünglichen Petitum gemäß zu erkennen.

Für die beklagte Gemeinde dagegen wurde nunmehr, ohne weiteren Vorbehalt, bloß auf Abweisung der Klage als ungegründet cum expensis angetragen.

Durch ferneren Bescheid des Königl. Landgerichts vom 23. Februar 1837 wurde die Sache bloß, zur zwischenzeitlichen Mittheilung der von den Klägern als Beweisstücke produzirten Urkunden, auf eine andere Sitzung vertagt.

Gegen dieses Vertagungs-Urtheil und den früheren Vorbescheid legte die Gemeinde Monzelfeld die Berufung ein; und es wurde ihr von Seiten des Appellaten hinsichtlich der Berufung von dem Urtheile vom 11. August 1836 die Einrede der Unannehmbarkeit entgegengesetzt, weil sie demselben acquiescirt habe, indem sie sich auf den verordneten Beweis eingelassen habe.

Der Appellationsgerichtshof verwarf sowohl die der Berufung entgegengesetzte Einrede der Unannehmbarkeit sowohl als die Berufung selbst durch folgendes

Urtheil:

J. E., auf die Berufung gegen das Urtheil vom 11. August 1836 und die gegen dieselbe erhobenen Einreden:

Daß es bei Beurtheilung der, der Berufung entgegengesetzten Einreden der Unzulässigkeit und Unannehmbarkeit derselben einzig auf die Entscheidung der Frage ankommt, ob die appellantische Gemeinde sich bei diesem Urtheile beruhigt habe, was diese Frage betrifft, daß in dem Umstande, daß die Appellanten den ihnen in dem angegriffenen Urtheile aufgegebenen Beweis, mittelst Mittheilung von Urkunden an den Anwalt der appellantischen Gemeinden angetreten, und letzterer bei der Verhandlung über die Beweisführung ohne sich auf dieselbe einzulassen, sich auf die Wiederholung seines ursprünglichen Antrages, die Klage als nicht begründet abzuweisen, beschränkt hat, eine Zufriedenerklärung mit dem angegriffenen Urtheile nicht gefunden werden kann, indem, wenn auch stillschweigend aus Handlungen eine Zufriedenheitserklärung gefolgert werden kann, diese Handlungen solche seyn müssen, die unzweideutig und nothwendig auf eine Zufriedenheitserklärung schließen lassen, und denen daher nach Lage der Sache eine andere Deutung nicht unterlegt werden kann; daß demnach die der Berufung entgesetzte Einrede der Unzulässigkeit und Unannehmbarkeit unbegründet erscheint.

Was den Grund dieser Berufung betrifft:

Daß der Gesetzgeber, nachdem er im Art. 1239 des B. G. B. verfügt hat, daß der Schuldner mit Wirksamkeit nur an den wahren Gläubiger, dessen Bevollmächtigten, &c. zahlen könne, im darauf folgenden Art. 1240 den die appellantische Gemeinde zur Unterstützung der Berufung anruft, den Fall vorgesehen hat, daß ein Schuldner Jemanden aus rechtlichem Grunde für seinen wahren Gläubiger halten könne, und diesem in gutem Glauben zahle, obgleich derselbe sein wirklicher nicht ist, und verfügt, daß die im guten Glauben an den sich im Besitze der Schuldforderung befindenden geschehene Zahlung, wenn gleich er der wahre Gläubiger nicht ist, auch diesem gegenüber wirksam sey; daß hieraus sich klar ergibt, daß der Gesetzgeber hier keineswegs, wie Appellantin behauptet, der an den nackten Besitzer des Schuldtitels verfügten Zahlung diese Wirksamkeit habe beilegen wollen, da aus dem nackten Besitze eines auf einen Dritten sprechenden Schuldtitels mit rechtlichem Grunde auf das Eigenthum an der Forderung selbst nicht gefolgert werden kann, vielmehr unter dem Ausdrucke «possesseur de la créance», wie dies auch die Wortbedeutung des Ausdruckes zeigt, einen solchen verstanden habe, der einen zum Uebertrage des Eigenthums geeigneten Rechtstitel für sich hat; daß sohin die appellantische Gemeinde keineswegs befugt ist, die an Gietzen, als Besitzer des Schuldtitels gemachte Zahlung den Klägern entgegenzusetzen, und daher die gegen das Urtheil vom 11. August 1836 eingelegte Berufung ungegründet ist.

Auf die Berufung gegen das Urtheil vom 23. Febr. 1837;

Daß das Urtheil vom 23. Februar 1837 eine einfache Vertagung der Sache verfügt, mithin ein präparatorisches Urtheil ist, wogegen nach Vorschrift des Art. 451 der B. P. O. die Berufung erst mit der Berufung gegen das Endurtheil eingelegt werden kann, daß daher die gegen das Urtheil eingelegte Berufung als zu voreilig eingelegt, unzulässig ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. A. G. H. die der Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 11. August 1836 entgegengesetzte Einrede der Unzulässigkeit und Unannehmbarkeit, verwirft jedoch gleichzeitig diese Be-

rufung als nicht begründet, und erklärt die gegen das Urtheil des nämlichen Gerichtes vom 23. Februar 1837 eingelegte Berufung für nicht annehmbar unter Verurtheilung der Appellantin in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 20. November 1837.

Advokaten: Bauerband — Holthoff.

Urtheil. — Eventuelle Verurtheilung. — Gerichtliche Hypothek.

Wie ist ein Urtheil zu betrachten, welches zu Recht erkennt, je nachdem ein auferlegter Erfüllungseid ausgeschworen werden wird oder nicht?

Ist es geeignet, einer gerichtlichen Hypothek als Titel zu dienen?

Knein — Lingenbrink.

Theodor Lingenbrink belangte den L. Knein vor dem Landgerichte zu Düsseldorf auf Bezahlung einer gewissen Summe. Am 15. April 1837 erließ genanntes Landgericht ein Urtheil, in dessen Dispositiv es heißt: „Legt aber wegen des ferner mit 347 Thlr. rückgeforderten und als Aussteuer hergegebenen Betrages dem Kläger Th. Lingenbrink noch einen Ergänzungseid dahin zu schwören auf:

> Daß dieser Betrag von seiner Ehefrau dem Verklagten L. Knein ohne sein Wissen und ohne seine Zustimmung hergegeben worden sey;

bestimmt zur Ableistung dieses Eides die Sitzung vom 20. Mai curr., hält für den Fall der Ableistung dieses Eides den Verklagten L. Knein für schuldig, diesen Betrag von 347 Thlr. nebst 5 Prozent davon vom Tage der Klage zu berechnenden Zinsen an den Kläger rückzuzahlen, legt für diesen Fall auch von den sämmtlichen aufgegangenen Kosten ihm Verklagten ¾ und dem Kläger Lingenbrink das letzte ¼ zur Last, unter Bestimmung des Stempels zu diesem Erkenntnisse zu 4 Thlr. 20 Sgr., hält dahingegen im Nichtausschwörungs-Falle früheres Erkenntniß, sowohl in der Hauptsache, als der Kosten halber bevor."

Auf dieses Urtheil nahm Lingenbrink gegen Knein am 22. Mai 1837 Hypothekarinscription. Am 13. Juli schwor

Lingenbrink den Eid aus, worüber ihm das Landgericht einfach Act ertheilte.

Knein erhob nun eine Löschungsklage gegen Lingenbrink, darauf gegründet, daß das Urtheil vom 15. April 1837 ein einfaches Beweisinterlokut sey, welches zwar der definitiven Entscheidung präjudizirt, aber dadurch seine interlokutorische Natur nicht verloren habe, da das «peréjuger le fond» ja gerade den Charakter des Interlokuts bilde, mithin nach Art. 2123 des B. G. B. nicht als Titel einer Inscription dienen könne.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf verwarf diese Klage unterm 19. August 1837 aus folgenden Gründen:

J. E., daß Th. Lingenbrink ein von hiesiger Stelle zwischen ihm und dem L. Knein am 15. April d. J. ergangenes Urtheil unterm 21. Mai d. J. auf dessen Immobilien inscribiren ließ.

J. E., daß Knein nach fruchtlos versuchter Sühne den Lingenbrink durch Act des Gerichtsvollziehers Gruber vom 3. Juli d. J. vorladen ließ, und dahin antrug:

> Die Löschung der bemerkten auf den Betrag von 422 Thlr. gerichteten Eintragung als auf keinem gesetzmäßigen Titel beruhend, zu verordnen und dem Verklagten die Kosten des Verfahrens zur Last zu legen.

J. E., daß dagegen Verklagter das fragliche Urtheil allerdings zur Begründung einer Judical-Hypothek geeignet hielt, und auf Abweisung der erhobenen Klage refusis expensis concludirt.

J. E., daß nun die Entscheidung des vorliegenden Rechtsstreites einzig und allein die Frage zum Gegenstande hat, ist die fragliche Inscription auf eine rechtsbeständige Weise geschehen oder nicht?

J. E., daß es dabei nun zunächst auf die Untersuchung der eigentlichen Natur des mehrgedachten Urtheiles ankommt, woraus sich denn wieder ergeben muß, ob dasselbe unter die im Art. 2123 des B. G. B. enthaltenen Vorschriften gebracht werden kann.

J. E., daß, was nun die erste Frage betrifft, so legt das Erkenntniß dem damaligen Kläger Lingenbrink noch wie es im Dispositiv wörtlich heißt: einen Ergänzungseid über das schon früher zum Beweis aufgestellt gewesene thema probandum auf, und spricht sofern derselbe ausgeschworen

werden sollte, die Condemnation des Knein für den noch streitigen Betrag aus.

J. E., daß nun dieser Eid wirklich in der normirten Art, jedoch erst unterm 13. Juli curr., also nach erfolgter Eintragung ausgeschworen ist.

J. E. daß nun auch Alles das, was von den Parteien in Betreff einer hier eintretenden Bedingung für und wider auszuführen versucht, ist von gar keinem rechtlichen Einfluß auf die Beurtheilung der Sache, weil, abgesehen davon, daß die darüber in unserer Gesetzgebung enthaltenen Vorschriften immer ein obligatorisches Verhältniß unterstellen; cf. cap. 4. tit. 3. B. III. des B. G. B. die im Art. 1167 l. c. gegebene Definition hier gar nicht paßt, und selbst eine analogische Anwendung schon darum rein ausschließt, weil es einzig in dem Willen des damaligen Klägers Lingenbrink gestellt war, den Eid zu leisten;

J. E., daß es zwar an sich nach der Fassung des Artikels 452 der B. Pr. O. in Verbindung mit Art. 1367 u. 1329 des B. G. B. um so weniger zu bezweifeln, daß ein Urtheil, welches der einen oder andern Partei noch einen nothwendigen Eid auferlegt, in thesi den Charakter eines wirklichen Interlokuts hat, als die Lehre vom Eide und namentlich die von Amtswegen auferlegten in der Materie vom Beweise der Verbindlichkeiten u. s. w. cf. Buch III. tit. 3. cap. 6. des B. G. B. abgehandelt ist.

J. E., daß es auch wohl eben so gewiß ist, daß bloße Interlokute, ex argumento a contrario nicht unter den Art. 2123 des B. G. B. zu subsumiren sind, und eben darum keinen gültigen Titel zur Erwirkung einer gerichtlichen Hypothek abgeben können.

J. E., daß diese Grundsätze aber auf das fragliche Urtheil hiesiger Stelle durchaus keine Anwendung leiden, weil dasselbe keineswegs sich auf Normirung des Eides beschränkt, sondern eine wirkliche Verurtheilung für den Fall der Ableistung enthält.

J. E., daß wenn es nun auch immerhin richtig seyn mag, daß diese Form nicht gerade diejenige ist, welche bei den französischen Gerichten adoptirt ist, so steht ihr doch kein prohibitiv-Gesetz entgegen, sie dient vielmehr zur Abkürzung der Sache und findet somit ihre Rechtfertigung in

dem Geist der Gesetzgebung überhaupt und speziell in den Bestimmungen der Art. 1366, 1368 u. 1369 à linea l. c.

J. E., daß es aber eben dieser Zusatz ist, der die geschehene als conservatorische Maasregel zu betrachtende Eintragung als gültig erkennen läßt, da derselbe unbedenklich eine vorläufige Entscheidung gerade der Ausdruck des Gesetzes der Sache um so gewisser enthält, als diese durch die ex port erfolgte Ableistung gleichsam purifizirt ist.

J. E., daß das fragliche Urtheil, welches nach dem, was vorausgeführt, unter den mehr allegirten Art. 2123 l. c. fällt, in Rechtskraft übergegangen, und somit als lex inter partes und zwar mit rückwirkender Kraft seiner Erlassung Art. 1350 des B. G. B. gelten muß.

J. E., daß daher die auf dessen Grund erfolgte Eintragung mit Bestande Rechtens genommen und die Klage auf deren Löschung ungegründet erscheint.

Gegen dieses Urtheil legte Knein die Berufung ein, worauf der Appellhof unterm 21. März 1838 bestätigend erkannte, wie folgt:

J. E., daß das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 15 April 1837 eine Verurtheilung zu einer bestimmten Summe gegen den dermaligen Appellanten ausgesprochen hat, unter der Auflage, jedoch noch einen Eid auszuschwören;

Daß, wenn auch dergleichen Urtheilsfassungen in jeder Beziehung als ungeeignet und dem Zwecke der Rechtsprechung nicht zusagend, zu mißbilligen sind; indem ihr Bestand von der Erfüllung der Auflage abhängig wird, dennoch in dem vorliegenden Fall das besagte Urtheil als ein definitives Erkenntniß zu betrachten ist, indem eben für den Fall der eingetretenen Erledigung der Eidesauflage, weder in der Haupsache noch in dem Kostenpunkt weiter noch etwas zu entscheiden übrig blieb, weil das Königl. Landgericht schon die Condemnation in beiden Punkten ausgesprochen hatte;

Daß mithin nach dem Art. 2123 des B. G. B. dieses Urtheil auch von dem Tage seiner Publikation als Grundlage zur Inscription der daraus entspringenden gerichtlichen Hypothek dienen konnte.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 19. Aug. 1837 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 21. März 1838.

Advokaten: von Hontheim — Stupp.

Fallimentseröffnung. — Datum derselben. — Vorladung.

In wie fern ist eine gerichtliche Vorladung geeignet, das Datum der Fallimentseröffnung zu bestimmen?

Salomon Oppenheim jun. und Comp. — Ebeling und Comp. und Cons.

Durch Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Köln vom 31. Mai 1837 wurden die daselbst wohnenden und unter der Firma „Bongard u. Gayr" handelnden Kaufleute Peter Joseph Bongard und Wilhelm Gayr fallit erklärt, und der Zeitpunkt der Eröffnung des Falliments vorläufig auf den 3. Mai ejusdem als den Tag einer gegen Bongard und Gayr erlassenen Contumazial-Urtheils bestimmt.

Gegen dieses Urtheil legte das Handlungshaus E. F. Ebeling u. Comp. Einspruch ein, und beantragte die Zurücksetzung des Datums der Fallimentseröffnung bis zum 22. März 1837, an welchem Tage die Falliten Bongard und Gayr für eine längst erfallene und unbestrittene Waarenschuld von 3553 Fl. 91 Cts. holl. vor das Handelsgericht geladen, auch durch Contumazial-Urtheil vom 5. April zur Zahlung verurtheilt worden; indem nämlich diese Vorladung, welcher wiederholte briefliche Anmahnungen und ausweichende Antworten der Schuldner vorhergegangen, und die darauf gefolgten Versuche, den klagenden Gläubiger in der Verfolgung seines Rechtes aufzuhalten, als ein Act, der die Zahlungsweigerung constatire, im Sinne des Art. 441 des H. G. B. anzusehen, auch darauf die wirkliche Einstellung der Zahlungen erfolgt sey.

Von diesem Einspruche, zunächst gegen den Syndik des Fallimentes gerichtet, und mit einer Vorladung desselben

vor das Handelsgericht verbunden, wurde auch dem bei der Sache interessirten Handlungshause Salomon Oppenheim jun. und Comp. Kenntniß gegeben, mit der Aufforderung, ebenfalls vor dem Handelsgerichte zu erscheinen und seine etwaigen Einwendungen gegen den Antrag des Opponenten vorzubringen.

In diesen Prozeß intervenirten sodann auch die Handlungshäuser Wunderley u. Comp. zu Amsterdam, Beckers, Leisner u. Sandt zu Rotterdam, welche dem Antrage des Opponenten Ebeling beitraten, während das Handlungshaus Salomon Oppenheim demselben widersprach und auf Verwerfung des erhobenen Einspruches concludirte.

Das Königl. Handelsgericht erkannte hierauf durch Urtheil vom 13. September 1837 nach dem Antrage des Opponenten und den demselben beigetretenen Intervenienten, änderte die in dem Urtheile vom 31. Mai 1837 enthaltene Bestimmung rücksichtlich der Epoche der Eröffnung des Fallimentes ab, und bestimmte dagegen den Zeitpunkt des Ausbruchs dieses Fallimentes auf den 22. März 1837, und verurtheilte das widersprechende Handlungshaus Oppenheim dem Opponenten Ebeling gegenüber in die Kosten.

Gegen dieses Urtheil legte das Handlunghaus Oppenheim allen Parteien gegenüber Berufung an den Appellationsgerichtshof ein, welcher jedoch diese Berufung verwarf durch folgendes Erkenntniß:

J. E., daß eine Ladung vor das Handelsgericht zwar an und für sich allein nicht beweist, daß der Verklagte sich zur Zeit der Vorladung geweigert habe, seiner Handelsverbindlichkeit zu genügen, indem eines Theils eine Ladung erfolgen kann, obgleich die Zahlung, wegen welcher die Klage erhoben worden, nicht verweigert worden ist, zum andern die wirklich verweigerte Zahlung auch in der Nichtanerkennung der Schuld ihren Grund haben kann; daß aber die Umstände, welche der Ladung vor Gericht folgen, oder derselben vorhergehen, allerdings von der Art seyn können, daß sie die Annahme rechtfertigen, in der, der Ladung ungeachtet, nicht erfolgten Zahlung liege die Weigerung, einer, obgleich nicht in Zweifel gezogenen, Handelsverbindlichkeit zu genügen; daß dergleichen Umstände im vorliegenden Falle vorhanden sind, indem nicht nur die in dem Urtheile a quo hervorgehobenen Art, wie die Gemeinschuldner den durch

Ladung vom 22. März 1837 gegen sie erhobenen Rechtsstreit führten, sondern auch ihr Schreiben an Ebeling und Comp. vom 19. März 1837 zur Genüge beweisen, daß die Zahlung wegen der Unmöglichkeit, die Verbindlichkeit zu erfüllen, verweigert worden ist;

Daß daher der Zeitpunkt des eröffneten Fallimentes mit Recht auf den 22. März 1837 festgesetzt worden ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kön. Rh. A. G. H. die von dem Urtheile des Königl. H. G. vom 13. September 1837 eingelegte Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe u. Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 28. März 1838.

Advokaten: Holthoff — Bauerband.

Subhastation. — Miethvertrag. — Simulation. — Gläubiger. — Ansteigrer.

Daraus, daß der Schuldner sein Haus vor der gegen ihn eingeleiteten Subhastation, einem Dritten auf mehrere Jahre vermiethet hat, folgt noch nicht, daß es dem Gläubiger zustehe, auf den Grund des Art. 1167 des B. G. B. gegen den Miether auf Auflösung des Miethvertrages zu klagen.

Eben wenig kann der Ansteigrer des subhastirten Hauses als solcher den Miethvertrag als simulirt anfechten, wenn der Miether im Lizitations-Termine seinen Miethvertrag vorgelegt und Vermiether denselben unbestritten gelassen hat *).

Von Schwedler — Fortemps und Deuster.

Johann Wilhelm Meys zu Crefeld vermiethete zufolge Act vor Notar vom 30. Dezember 1835 auf 18 Jahr sein Haus zu Crefeld an den Rentner von Schwedler zu Kempen für eine jährliche Rente von 100 resp. 150 Thlr., unter dem Beding, daß Meys das damals noch nicht fertige Haus vollends fertig und bewohnbar machen sollte.

Am 18. Oktober 1836 ließ ein Gläubiger des Meys, Namens Heusges, dem Meys einen Zahlungsbefehl auf

*) Vergl. Archiv, Bd. V. 1. S. 107 u. Bd. XVIII. 1. S. 190.

Subhastation machen, und in dem Lizitations-Termine meldete von Schwedler sein Miethrecht auf das zu lizitirende Haus unter Offenlegung seines Miethvertrages an, wogegen der anwesende Subhastat nichts einwendete und es steigerten die Schlossermeister Fortemps und Deuster das Haus an.

Von Schwedler stellte nun gegen diese Ansteigrer beim Königl. Landgerichte zu Düsseldorf eine Klage dahin an:

> Daß sie verurtheilt werden möchten, dem Kläger das fragliche Haus in gehörigem Stande nach Maßgabe seines mit Meys abgeschlossenen Vertrages einzuräumen.

Die Verklagten behaupteten nun, daß der Miethvertrag als in fraudem Creditorum und simulirt zu betrachten, nicht rechtsbeständig sey und articulirten demzufolge mehrere Thatsachen zum Beweise der Simulation. Sie hielten sich zur Anfechtung des Miethvertrages nicht nur in ihrer Eigenschaft als Ansteigrer, sondern auch als Hypothekargläubiger berechtigt.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf erkannte durch Urtheil vom 2. August 1837 für Recht, daß die Klage als ungegründet abzuweisen sey, und es des Beweises der artikulirten Thatsachen nicht bedürfe, weil zur Zeit der Errichtung des Miethvertrages die Passiven des Meys dessen Aktiven überstiegen hätten, weil es als ein höchst auffallendes Ereigniß angesehen werden müsse, daß Meys sein neu gebautes Haus, zur Zeit, wo es noch nicht bewohnbar gewesen, auf eine ungewöhnliche Dauer von 18 steten Jahren für 100 resp. 150 Thlr. vermiethet habe; auch die Miethe bei weitem nicht für angemessen gehalten werden könne.

Gegen dieses Urtheil legte von Schwedler die Berufung an den Rh. Appellationsgerichtshof ein, und erwirkte folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß die Appellaten in ihrer Eigenschaft als Gläubiger auf Grund des Art. 1167 des B. G. B. den zwischen ihrem Schuldner Meys als Vermiether und dem Appellanten als Miether abgeschlossenen Vertrag vom 30 Dezember 1835 schon um deswillen nicht anfechten können, weil sie gleich allen übrigen Gläubigern des Vermiethers durch die Auflösung jenes Vertrages kein größeres Objekt zum Behufe ihrer Befriedigung erhalten würden, als was

sie auch ungeachtet des genannten Vertrages haben, nämlich den Steigschilling des vermietheten Hauses;

Daß demnach der Art. 1167, welcher das Bestehen des angegriffenen Vertrages zum Nachtheile der Gläubiger eines Contrahenten voraussetzt, keine Anwendung leidet.

J. E., daß es den Appellaten, insofern sie mehrgedachten Miethvertrag in ihrer Eigenschaft als Käufer des vermietheten Hauses als simulirt anfechten wollen, hierzu an dem rechtlich begründeten Interesse gebricht, weil der Appellant im Lizitationstermine seinen mehrbesagten Miethvertrag vorgelegt hat, und derselbe den anwesenden Kauflustigen in Gegenwart des Vermiethers, welcher denselben nicht bestritt, vorgelesen worden ist, und unter diesen Umständen angenommen werden muß, (was der Appellant behauptet, der erste Richter in den Motiven seines Urtheils andeutet, und von den Appellaten nicht in Abrede gestellt wird,) daß nämlich das in Rede stehende Haus eben wegen der langen Dauer der stipulirten Miethzeit weit unter seinem wahren Werth zugeschlagen worden, die Appellaten daher, als Ansteigrer des Hauses, am Kaufpreise wenigstens eben so viel gewonnen haben, als ihnen verhältnißmäßig an dem jährlichen Ertrage, d. h. an dem Miethpreise abgeht;

Daß es daher überflüssig seyn würde, in die Erörterung der Frage einzugehen, ob wirklich der in Rede stehende Miethvertrag für simulirt zu erachten sey; weßhalb dann auch die in dieser Hinsicht von den Appellaten angebotene Beweise als unerheblich abgelehnt werden müssen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Erkenntinß des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 2. August 1837, verurtheilt, an dessen Statt, die Appellaten, als Ansteigerer des zu Crefeld an der Uerdingerstraße, dermalen zwischen den Bauplätzen des Johann Wilh. Meys und der Wittwe Heinr. Winnerz gelegenen Hauses, dieses Haus dem Appellanten in gehörigem Stande, nach Maßgabe des zwischen diesem und dem genannten Joh. Wilh. Meys, als früherer Eigenthümer desselben, am 30. Dezember 1835 geschlossenen notariellen Miethvertrages, bis zum 15. Mäi 1854 einzuräumen, verordnet die Zurückgabe der hinterlegten Geldbuße und verurtheilt die Appellaten beider Instanzen.

II. Senat. Sitzung vom 3. März 1838.

Advokaten: Lützeler — Hardung.

Appellable Summe. — Theilung. — Eid.

Wenn der erste Richter eine appellable Summe durch verschiedene Urtheile in kleinere nicht appellable Summen trennt, so ist doch für alle Urtheile Summa appellabilis vorhanden.

Das Urtheil, welches einen Eid auferlegt, muß nebst Ladung zugestellt worden seyn, ehe eine Weigerung des Eides angenommen werden kann.

Tillmann — Windscheif.

Windscheif belangte Tillmann beim Handelsgerichte zu Köln auf Zahlung eines Betrages von 591 Thlr. für gelieferte Schweine. Tillmann gab 376 Thlr. 4 Sgr. 8 Pf. als richtig nach, wovon er jedoch eine Gegenrechnung ad 94 Thlr. 22 Sgr. 6 Pf. in Abzug bringen, also 281 Thl. 22 Sgr. 6 Pf. zahlen wollte; das übrige bestritt er.

Das Handelsgericht verurtheilte durch Erkenntniß vom 8. März 1837 den Verklagten zur Zahlung von 343 Thlr. 7. Sgr. 6 Pf. legte dem Verklagten über den Rest der eingeklagten Forderung und dem Kläger über die Gegenrechnung des Verklagten den dezisorischen Eid auf.

In der Sitzung vom 29. März gab der Kläger die Gegenforderung des Verklagten als richtig nach; der Verklagte erschien nicht, und wurde zur Zahlung des Restes der eingeklagten Forderung, also zu 153 Thlr. verurtheilt.

Tillmann appellirte gegen beide Urtheile zugleich, indem er behauptete, das erste Urtheil habe dem Kläger nur 281 Thlr. 22 Sgr. 6. Pf. zuerkennen dürfen, und das zweite habe mit Unrecht den ihm deferirten Eid als verweigert angesehen und darauf eine Condemnation begründet, indem er weder durch Zustellung des ersten Urtheils, noch auf andere Weise Kenntniß von dem ihm auferlegten Eide erhalten habe.

Appellat Windscheif behauptete, die Berufung gegen das letzte Erkenntniß sey unannehmbar, weil dasselbe nicht über eine Summe von mehr als 1000 Frc. (266 Thlr. 20 Sgr.) sondern nur über 153 Thlr. erkannt habe; sie sey aber auch ungegründet, weil Verklagter auf der Kanzlei des Handelsgerichts abgeladen, obgleich das Urtheil nicht zugestellt, worden sey.

Der Königl. Rh. A. G. H. verwarf die Einrede durch Unannehmbarkeit und ließ den Appellanten Tillmann zu den ihm im ersten Urtheile auferlegten Eid noch auszuschwören.

Die hieher gehörige Gründe sind folgende:

J. E., was die der Berufung gegen das Urtheil vom 29. März 1837 entgegengesetzte Unannehmbarkeits-Einrede betrifft, daß die demselben vorhergegangene Klage einen Betrag von 591 Thlr. betraf, wovon nur 288 Thlr. als verschuldet eingestanden wurden, so daß der Richter über einen appellablen Gegenstand zu erkennen hatte, es mag denn die ursprünglich libellirte oder die nach der Litiscontestation streitig gebliebene Summe berücksichtigt werden;

Daß, wenn aber der Richter erster Instanz hiernach nicht befugt war, in erster und letzter Instanz zu entscheiden, und vielmehr das Recht auf zwei Instanzen für beide Parteien einmal begründet war, hierdurch auch dadurch keine Abänderung hergebracht werden konnte, daß der Richter erster Instanz über die verschiedenen in der Klage begriffenen Posten in zwei verschiedenen Urtheile erkannt hat, weil, wenn man das Gegentheil annehmen wollte, es von dem ersten Richter abhängen würde, sich das Recht in erster und letzter Instanz zu erkennen, in vielen Fällen zuzueignen, wo ihm das Gesetz dasselbe versagt hat;

Daß die Berufung mithin gegen beide Urtheile für zulässig gehalten werden muß.

J. E., was nun die Berufung gegen das zweite Urtheil und die darin dem Kläger und Appellaten zuerkannte Forderung von 153 Thlr. betrifft, daß aus dem Nichterscheinen des Appellanten in der Sitzung vom 29. März 1837 seine Weigerung, den ihm in dem Urtheile vom 8. März 1837 auferlegten Eid auszuschwören, in der vorliegenden Sache um so weniger geschlossen werden kann, als eines Theils durchaus nicht constirt, daß ihm dieses Urtheil, sey es in der Person oder auch auf der Kanzlei des Königl. Handelsgerichts signifizirt worden sey, und als auf der andern Seite der damalige appellatische Anwalt, der nach Inhalt des Urtheils vom 8. März für den damaligen Appellanten, als dessen Bevollmächtigten, laut einer am 20. Februar 1837 aufgestellten Vollmacht aufgetreten war, in der Sitzung des Appellationsgerichtshofes erklärt hat, sich nicht zu erinnern, je-

mals zu dieser Sache von seinem damaligen Gegner bevollmächtigt gewesen zu seyn, und unter diesen Umständen es auch nicht unwahrscheinlich ist, daß er die Benachrichtigung seiner damaligen Partei von dem Inhalte des Urtheils vom 8. März 1837 unterlassen habe;

Daß daher das damalige Erbieten des Appellanten, den ihm früher zugeschobenen Eid negative auszuschwören, auch noch für zulässig gehalten werden kann, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 31. Januar 1838.

Advokaten: Lützeler — Forst.

Falliment. — Syndike. — Handelsgericht. — Epoche der Eröffnung.

Den Syndiken einer Fallitmasse steht die Befugniß nicht zu, das die Epoche eines Falliments bestimmende Urtheil anzugreifen.

Das Handelsgericht ist nicht befugt, auf den Antrag der Syndiken, sein, die Zeit des Ausbruchs eines Falliments feststellendes Urtheil abzuändern *).

Art. 457 des H. G. B.

Leib — die Fallitmasse von Hammann.

Ein Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Trier vom 13. Juli 1837 verurtheilte die Gebrüder Johann und Wilhelm Hammann zur Zahlung von 420 Thlr. nebst Zinsen und Kosten zu Gunsten des Kaufmannes David Leib.

Durch das vom nämlichen Gerichte am 23. Oktb. 1837 erlassene Urtheil wurden die besagten Gebrüder Hammann als Falliten erklärt und der Ausbruch des Falliments auf den 23. September festgesetzt; dieser Zeitpunkt wurde jedoch durch das am 7. Dezember erlassene Urtheil rückwärts auf den 13. Juli datirt.

Am 19. Dezember 1837 ließ der besagte David Leib eine Klage den provisorischen Syndiken des besagten Falliments zustellen, um das Urtheil vom 7. Dezember aufheben und unwirksam erklären zu hören, indem keine rechtliche

*) Vergl. Archiv, Bd. XIII. 1. S. 4 u. 309.

Veranlassung zu einer anderweitigen Bestimmung über die am 23. Oktober Statt gehabte Bestimmung hinsichtlich der Eröffnung des Falliments vorhanden sey, auch dem Königl. Handelsgericht zu Trier eben so wenig die Befugniß zu einer solchen Rückdatirung von Amtswegen, als auch den Syndiken die Befugniß zu einem solchen Antrage zustehe. Das hierauf am 18. Januar letzthin vom besagten Handelsgerichte erlassene kontradiktorische Urtheil verwarf den Antrag des Klägers David Leib, ließ denselben aber zu dem Beweise durch Urkunden und Zeugen zu, daß die Falliten Hammann nach dem 13. Juli 1837 Zahlungsverbindlichkeiten in Betreff ihres Geschäftes erfüllt hätten.

Auf die hiergegen ergriffene Berufung wurde vom Appellationsgerichtshof reformatorisch erkannt, wie folgt:

J. E., daß das Königl. Handelsgericht zu Trier auf den Bericht der Agenten und des Commissars durch das Urtheil vom 6. Dezember 1837 die durch sein früheres Urtheil vom 20. Oktober auf den 23. September festgesetzte Eröffnung des in Rede stehenden Falliments auf den 13. Juli 1837 zurückdatirt hat.

J. E., daß, in so fern dieser Zurückdatirung der Antrag der Agenten und des Commissars zum Grunde liegt, denselben die Befugniß zu einer solchen durch keine gesetzliche Bestimmung beigelegt ist;

Daß vielmehr aus den bei Abfassung des Handelsgesetzbuchs rücksichtlich dieser Materie im Staatsrathe, Tribunat und gesetzgebenden Körper Statt gehabten Verhandlungen die Absicht des Gesetzgebers deutlich hervorgeht, jedem individuellen Gläubiger die Wahrnehmung seines Interesse selbst zu überlassen, und die Mitwirkung oder Einmischung der Agenten und Syndiken, die als solche die ganze Massa repräsentiren, bei Maßregeln zu vermeiden, die ein einzelner Gläubiger bloß in seinem Interesse für sich und zwar gegen den Widerspruch der Massa etwa zu nehmen befugt ist;

Daß, wenn daher in dem Art. 457 des H. G. B. den Gläubigern das Recht der Opposition verliehen ist, die Agenten oder Syndiken aus der ihnen für die Massa der Gläubiger zustehenden Repräsentationsbefugniß ein gleiches Recht nicht herleiten, also dem Sinne des Gesetzgebers nach unter dem Worte Gläubiger nicht mitbegriffen seyn können;

Daß die in dem angeführten Artikel enthaltenen Worte: tout autre interessé auf die Agenten oder Syndiken gleichfalls nicht zu beziehen sind, indem hierunter offenbar nur die Erben des fallirten Schuldners, und diejenigen Personen verstanden werden, welche wegen der von ihnen mit dem Falliten vorgenommenen Handlungen in Gefahr sind, daß ihnen die in den Art. 443, 444, 445, 446 u. 447 des H. G. B. verhängte Nichtigkeit entgegesetzt werde;

Daß demnach das Königl. Handelsgericht auf den Antrag der Agenten und des Commissars zur Zurücksetzung der Eröffnungs-Epoche des Falliments sich nicht veranlaßt finden konnte;

Daß dasselbe eben so wenig die durch sein Urtheil vom 20. Oktbr. 1837 einmal festgesetzte Epoche von Amtswegen, und ohne daß vom Falliten, einem Gläubiger oder Interessenten Einspruch dagegen eingelegt worden war, abändern konnte, weil der Richter in der Regel nicht befugt ist, sein einmal ausgesprochenes Urtheil wieder aufzuheben, und der Umstand, daß er sein erstes Urtheil bloß als ein provisorisches betrachtet, eine Abweichung von jener Regel zu rechtfertigen nicht vermag, weil es in der Willkühr der zur Opposition dagegen berechtigten Parteien liegt, durch Unterlassung derselben die provisorische Verfügnng als eine definitive anzuerkennen;

Daß mithin der von dem Appellanten gegen das Urtheil vom 6. Dezember 1837 eingelegte Einspruch in jeder Beziehung gerechtfertigt erscheint, und derselbe auch, da weder Fallit, noch einer der Gläubiger, noch ein sonstiger Interessent die Zurückdatirung der auf den 23. September 1837 festgestellten Eröffnungs-Epoche provozirt hatte, nur gegen die provisorischen Syndiken eingeleitet werden konnte.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kön. Handelsgerichts zu Trier vom 18. Januar d. J., nimmt, an dessen Statt zu Recht erkennend, die gegen das Erkenntniß vom 6. Dezember 1837 eingelegte Opposition als begründet an, und verordnet, unter Aufhebung desselben, daß es bei der durch das frühere Urtheil vom 20. Oktober 1837 auf den 23. September 1837 festgesetzten Epoche der Eröffnung des Falliments der Brüder Johann und Wilhelm

Hammann lediglich zu belassen sey, verurtheilt die Appellanten in ihrer Eigenschaft, in welcher sie handeln in die Kosten beider Instanzen.

II. Civil-Senat. Sitzung vom 22. März 1838.

Advokaten: Haas — Bauerband.

Kaufgelder. — Zinsen. — Verjährung.

Die im Art. 2277 des B. G. B. gestattete Einrede der Verjährung der Zinsen ist auch auf rückständige Kaufgelder anwendbar.

Dieser Satz ist früher sehr bestritten und von den Gerichtshöfen auf verschiedene Weise entschieden worden. In nachstehenden beiden Fällen wurde er am nämlichen Tage von zwei Senaten des Appellationsgerichtshofes übereinstimmend adoptirt.

I. Fall.

Von Ghemen — Schmitz.

Das auf den Rechtsstreit zwischen diesen Parteien bezügliche Thatverhältniß ergiebt sich zur Genüge aus dem gründlich motivirten Urtheile der zweiten Civilkammer des Königl. Landgerichts zu Köln vom 23. Januar 1836, indem es dort zur Begründung der von dem Beklagten vorgestützten und vom Richter angenommenen Einrede der Verjährung heißt:

J. E., daß der Beklagte die rückständigen Termine aus dem Krupp'schen Länderei-Verkauf zugesteht, jedoch den davon seit dem 11. November 1824 berechneten Zinsen auf den Grund des Art. 2277 des B. G. B. die Einrede der Verjährung entgegen setzt;

Daß die Einrede in Bezug auf die vor der erhobenen Klage mehr als 5 Jahre rückständige Zinsen begründet erscheint, indem, wenn auch diese Zinsen als ein Ersatz der von dem Verkäufer genossenen Früchte zu betrachten sind, dennoch dadurch die Verjährung nicht ausgeschlossen werden kann, vielmehr der Grund des Gesetzes, wonach zur Strafe des nachlässigen Gläubigers und damit der Schuldner nicht durch zu hoch aufgelaufene Zinsen erdrückt werde, die Verjährung eingeführt ist, auch für die Verjährung der bei dem

Verkauf einer Frucht bringenden Sache vom Preise gesetzlich laufender Zinsen um so mehr spricht, als der Ankäufer nur Schuldner des Preises wird; daß aus den gegen die Verjährung angeführten Gründen die Pächter einer Frucht bringenden Sache gleichfalls der Verjährung nicht unterworfen seyn dürften; daß auch überhaupt bei dem Darlehn die Zinsen eine Vergeltung des dem Schuldner gestatteten Gebrauchs des Kapitals darstellen und die allgemeine Bestimmung des Gesetzes, daß alles, was jährlich bezahlt wird, der Verjährung von fünf Jahren unterworfen seyn soll, eine Ausnahme nicht gestattet; daß daher in Gemäßheit des Art. 57 der B. Pr. O. die Zinsen nur für die der Einklage zur hiesigen Stelle vorhergehenden fünf Jahre, mithin nur seit dem 13. November 1830 gefordert werden können.

Die gegen dieses Urtheil von den Eheleuten von Ghemen ergriffene Berufung wurde verworfen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß es unter den Parteien nicht bestritten wird, daß die in Frage stehenden Zinsen der rückständigen Kaufgelder der Krupp'schen Ländereien jährlich geschuldet werden;

Daß der Art. 2277 des B. G. B. alles, was jährlich zahlbar ist, der fünfjährigen Verjährung ohne einige Ausnahme unterwirft;

Daß daher die Appellanten durch das Urtheil wovon in Beziehung auf diesen Punkt nicht beschwert worden sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 23. Januar 1836 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Civil-Senat. Sitzung vom 7. Februar 1838.

Advokaten: Bauerband — Haas.

II. Fall.

Bock — Nießen.

In diesem Falle setzten die Appellaten den geforderten Zinsen von rückständigen Kaufgeldern ebenfalls die Einrede der Verjährung entgegen, insofern sie über 5 Jahre nach der

letzten Zahlung erfallen seyen; und der Appellationsgerichtshof erklärte einfach, daß diese Einrede mit Recht entgegengesetzt sey.

I. Senat. Sitzung vom 7. Februar 1838.

Advokaten: Müller — Haas.

Fischereigerechtsam. — Rittersitze. — Großherzogthum Berg.

Ist im Großherzogthum Berg die Fischerei als ein gewöhnliches Appertinenz der landtagsfähigen Rittersitze zu betrachten?

Frings und Steger — Dewald.

J. E., daß die Appellanten zur Rechtfertigung ihrer Berufung behaupten, nach den Grundsätzen des allgemeinen deutschen Privatrechtes und der konstanten Praxis im Großherzogthum Berg stehe den landtagsfähigen Rittersitzen, wozu auch das ihnen zugehörige Gut Steinhaus gehöre, das Recht der Jagd so wie der Fischerei in den dazu gehörigen Wässern zu.

J. E., daß jedoch die Appellanten aus diesem Grunde ein Recht auf die fragliche Fischerei in dem Wahnbache nicht herleiten können, da, wie es sich aus der Jülich- und Bergischen Polizei-Ordnung vom Jahre 1554 S. 53 und dem Inhalt des Langtagsabschiedes vom 3. Februar 1596 ergibt, die Ritterschaft sowohl als andere (nicht ritterbürtige) im Besitz solcher Gerechtsame und zwar nur in Folge einer landesherrlichen Vergünstigung (denen von Alters zu fischen, durch unsere Voreltern oder uns vergönnt) seyn konnten, und diese Gerechtsame auch nicht mit den adlichen Häusern veräußert werden durften, weil dieselben, so wie das Recht zu Landtagen und Turnieren den Personen und nicht dem Grunde ankleben.

J. E., daß, wenn man aber auch ein Fischereigerechtsam, wie das hier in Frage stehende im allgemeinen als ein gewöhnliches Appertinenz der landtagsfähigen Rittersitze gelten lassen wollte, im vorliegenden Falle jedoch, wie sich aus den schon in erster Instanz vom Appellaten vorgelegten nicht bestrittenen Urkunden ergibt, und wie im Urtheil a quo richtig ausgeführt worden ist, der Rechtsvorgänger des Ap-

pellaten, der jedesmalige Landesherr im Herzogthum Berg die fragliche Fischerei seit dem Jahre 1711 bis in die neueste Zeit ununterbrochen als ein ihm zustehendes Hoheitsrecht durch Pächter ausgeübt hat, und es auch von den Appellanten nicht einmal behauptet wird, daß die Besitzer des Gutes Steinhaus im Jahre 1790 auf die gehörig bekannt gemachte Aufforderung an alle, welche eine Fischerei-Berechtigung im Wahnbache behaupten wollten, ein solches angemeldet haben.

J. E., daß diesemnach Seitens der Appellanten ein Recht auf die fragliche Fischerei nicht nachgewiesen ist, und die Berufung in dieser Hinsicht nicht gerechtfertigt erscheint.

J. E., daß der zusätzliche und subsidiarische Antrag der Appellanten auf Zulassung zur nähern Beweisführung über den ruhigen Besitz der fraglichen Fischerei vom Jahre 1815 an, resp. während 30 Jahren vor dem Mai 1833 unerheblich erscheint, indem durch die oben bezogenen vom Appellaten vorgelegten Urkunden, wodurch eine vom landesherrlichen Fiskus während mehr als 100 Jahr bis zum Jahr 1832 fortgesetzte Verpachtung nachgewiesen wird, der Gegenbeweis schon jetzt vollständig geliefert ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. A. G. H. unter Nichtbeachtung des zusätzlichen und subsidiarischen Antrages des Appellanten die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 8. Juli 1836 mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 15. März 1838.

Advokaten: Schöler — Bauerband.

Pachtkontract. — Maaß der Grundstücke. — Klage. — Verjährung.

Bei'm Pachtkontracte sind die Ansprüche aus dem geringern oder größern Maaße der verpachteten Grundstücke derselben kurzen Verjährung wie beim Kaufkontrakte unterworfen.

Art. 1765 u. 1622 des B. G. B.

Reifen — Birschel.

J. E., daß die allgemeinen Bestimmungen des Artikels 1765, schon dem Wortverstande nach auch auf die beim

Kaufe stattfindende kurze Verjährung bezogen werden muß, außerdem aber auch die Absicht des Gesetzgebers für diese ausdehnende Erklärung spricht, da es sonst keine andere Verjährung als die 30jährige, wegen der Ansprüche aus dem geringern oder größern Maaß der Grundstücke beim Pachtkontract geben würde, während die Dauer der Pacht selbst in den allerwenigsten Fällen sich auf einen so langen Zeitraum erstreckt, von der andern Seite aber nicht angenommen werden kann, daß der Gesetzgeber für dieses Rechtsverhältniß gar keine Verjährung habe festsetzen wollen.

II. Senat. Sitzung vom 22. März 1838.

Advokaten: Holthoff — Schöler.

Ausländer. — Prozeßkosten. — Kaution.

Kann von dem appellirenden Ausländer, der in erster Instanz als Mitverklagter belangt war, in der Appellationsinstanz eine Kaution für die Kosten gefordert werden?

Kann diese Kaution wenigstens nicht dann verlangt werden, wenn es sich von einer Erbtheilungsklage handelt?

Zangerle — Zangerle.

Der Gutsbesitzer Andreas Zangerle in Bittburg ließ den daselbst wohnenden Franz Zangerle so wie noch drei andere verwandte Zangerle, von denen zwei im Auslande wohnen, vor das Königl. Landgericht in Trier laden, um erkennen zu hören, daß Franz Zangerle verurtheilt werde, das ganze zum Nachlasse des am 15. Februar 1822 verstorbenen Andreas Zangerle so wie dessen beiden Gattinnen Gertrud Serve und Maria Amalia Loser zugehörige Vermögen nebst den Perzepten seit dem 15. Februar 1822 herauszugeben, daß sodann die Theilung dieser verschiedenen Massen in der Art verordnet werde, daß dem Kläger von dem Nachlasse des Andreas Zangerle $^1/_4$, von dem der Gertrud Serve dagegen $^5/_{12}$ zugetheilt würden.

Die Erben des bald nach der Ladung verstorbenen Franz Zangerle widersprachen dieser Klage; die übrigen Verklagten traten derselben bei, und trugen dahin an, den Franz Zan-

gerle zu verurtheilen, einem jeden derselben den ihnen kompetirenden Antheil mit den Früchten herauszugeben.

Das Landgericht verwarf indessen durch Urtheil vom 3. Juli 1837 die Klage als ungegründet, und legte dem Kläger so wie den drei Mitverklagten, welche seinem Antrage beigetreten waren, die Kosten zur Last.

Gegen dieses Urtheil ergriffen die Letztern die Berufung an den Rh. Appellations-Gerichtshof, wo die Appellaten darauf antrugen, vorläufig zu verordnen, daß die im Auslande wohnenden beiden Appellanten als Ausländer verbunden, Kaution für die Kosten der Appellationsinstanz zu stellen.

Diesem Antrage widersprachen die Appellanten, weil sie in erster Instanz nicht Hauptkläger, sondern Mitbeklagte gewesen und sohin keine Kaution von ihnen habe gefordert werden können, wenn sie auch dem Antrage des Klägers lediglich beigepflichtet hätten.

Der Appellations-Gerichtshof gab diesem System Beifall durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die dermaligen Appellanten in erster Instanz weder als Hauptkläger noch als Intervenienten im Prozesse standen, sondern als Beklagte in den Rechtsstreit gezogen waren, und daher ihnen nach Art. 166 der B. P. O. keine Verbindlichkeit zur Kautionsleistung zur Last fiel;

Daß die Anträge, welche der Beklagte in erster Instanz genommen haben mag, sein Verhältniß eines ursprünglichen Beklagten auch dann, wenn er sich als Appellant gegen die Entscheidung des ersten Richters beschwert, nicht ändern; und daher auch jetzt keine Kaution für die Prozeßkosten von den Appellanten gefordert werden kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. A. G. H. den appellatischen Antrag auf Kautionsleistung und legt den Appellaten die Kosten dieses Inzidentpunktes zur Last.

I. Senat. Sitzung vom 3. April 1838.

Advokaten: Borchhard — Schöler.

Feuerversicherung. — Doppelte Versicherung.

Welche Rechte stehen den Feuerversicherungs-Anstalten zu, wenn eine doppelte Versicherung für dasselbe Object Statt gefunden?

Sind beide befugt, sich über eine Verletzung des aus der Eigenthümlichkeit des Vertrages hervorgehenden Verhältnisses zu beschweren, oder doch eine von ihnen?

Wernet — K. Regierung zu Trier und allgemeine Feuerversicherungs-Gesellschaft zu Paris.

Ein gewisser Wendelin Oberhauser verschuldete an den Kaufmann Dufresne zu Saarbrücken mehrere Summen, namentlich gemäß Obligation vom 6. März 1829 ein Kapital von 600 Thlr., wofür er dem Gläubiger unter andern Grundstücken auch die sogenannte untere Schaafbacher Mühle nebst Zubehör verpfändete, unter Ermächtigung dieselbe auf seine des Schuldners Kosten zu mehrerer Sicherheit des Objectes in eine Brandversicherung eintragen zu lassen. Dies that Dufresne, indem er die Mühle durch Police vom 28. Januar 1830, zuerst zu dem Werthe von 1500 Frc. und demnächst durch Avenant vom 5. Aug. 1832 bis zu dem Betrage von 3000 Frc. bei der allgemeinen Feuerversicherungs-Gesellschaft zu Paris versicherte.

Mittlerweile, nämlich am 12. Oktober 1830, verkaufte Oberhauser seine Mühle an Johann Wernet für die Summe von 868 Thlr. 12 Sgr. 7 Pfg. und wies Dufresne an, sein Guthaben auf diesen Kaufpreis zu ziehen, welcher sonach an der Stelle des Oberhauser Schuldner des Dufresne geworden war. Wernet seinerseits und zwar wie er behauptet hat, ohne Kenntniß von der Versicherung Dufresne's, ließ seine angekaufte Mühle bei der Preußischen wechselseitigen Assekuranz-Gesellschaft versichern und in dieser Lage der Sache brannte am 5. Juli 1833 die Mühle ab.

Wernet reclamirte sodann bei der Preuß. Gesellschaft den ganzen Betrag des erlittenen Schadens, welcher auf 860 Thlr. abgeschätzt und angewiesen wurde. Dufresne verlangte und erhielt von der französischen Gesellschaft den ganzen Betrag seiner Schuldforderung an Wernet mit 753 Thalern.

Nachdem die Zahlung am 2. Juni 1834 geschehen war, ließ die französische Gesellschaft sich durch Act vor Notar Böcking am 17. Januar 1835, in die Rechte Dufresne's durch Cession resp. Subrogation einsetzen und leitete dann auf den Grund dieses Actes, so wie der ursprünglichen Schuldtitel Dufresne's die Exekution gegen Wernet ein.

Dagegen erhob Wernet Opposition, behauptend, daß durch die erfolgte Zahlung der Versicherungsgelder an Dufresne, dessen Forderung getilgt worden sey, und er daher keine Qualität mehr gehabt habe, eine getilgte Forderung durch einen weit spätern Act wieder aufleben zu machen, mit andern Worten, eine gezahlte Schuld könne nicht ex post cedirt werden.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 5. Januar 1836 wurde diese Einrede angenommen, das Exekutions-Verfahren vernichtet, und auf diese Weise festgestellt, daß Wernet aus den beiden Versicherungen den Nutzen gezogen hatte, insofern er aus der Zahlung der Preuß. Gesellschaft seine Mühle wieder neu hergestellt, durch die Zahlung der französischen die auf der Mühle gehaftete Hypothekarschuld getilgt hatte.

Unter diesen Umständen traten die beiden Gesellschaften zusammen und erhoben unterm 10. Dezember 1836 Klage gegen Wernet auf Verurtheilung zur Restitution desjenigen, was er 1) durch die von Seiten der wechselseitigen Assekuranzanstalt an ihn gezahlte Versicherungssumme für seine am 5. Juli 1833 abgebrannte untere Schaafbacher Mühle im Betrage von 863 Thlr. und 2) durch die von Seiten der allgemeinen Versicherungs-Gesellschaft zu seiner Entlastung an den Hypothekar-Gläubiger Dufresne geleistete Zahlung von 753 Thlr., mehr als den einfachen Werth des abgebrannten Gegenstandes bezogen habe, mit Zinsen vom Tage der Klage. Gleichzeitig erklärten sich die Kläger bereit, als Basis dieser Restitution die geringste der beiden erfolgten Abschätzungen, nämlich jene der französischen Gesellschaft im Betrage von 753 Thlr. gelten zu lassen.

Durch Urtheil vom 31. Januar 1837 erkannte das Landgericht zu Saarbrücken nach dem Antrage der klagenden Gesellschaften und verurtheilte den Wernet zur Restitution der Summe von 753 Thlr. mit Zinsen vom Tage der Klage und den Kosten.

Gegen dieses Urtheil legte Wernet die Berufung zum Rhein. Appellationsgerichtshofe ein, wo sein Anwalt dahin antrug, das Urtheil wovon zu reformiren und zu erkennen, daß die erhobene Klage als ungegründet zu verwerfen sey; subsidiarisch ihn Appellanten zum Beweise durch Urkunden und Zeugen darüber zuzulassen: „daß beide Versicherungs-Anstalten die doppelte Versicherung gewußt und deshalb anfänglich die Zahlung verweigert, dieselbe jedoch nachher geleistet hätten; ferner subsidiarisch ihn Appellanten zum Beweise zuzulassen: „daß Dufresne die Entschädigung für den Brand der Mühle gegen die pariser Feuerversicherungs-Gesellschaft beim Landgerichte zu Saarbrücken eingeklagt und die Letztere zur Zahlung verurtheilt und solche von ihr geleistet worden sey.

Für die appellatischen Versicherungsanstalten wurde prinzipaliter darauf angetragen: die Berufung als ungegründet zu verwerfen, und subsidiarisch die Appellatinnen zu dem Beweise durch Urkunden und Zeugen darüber zuzulassen: „daß der Appellant zu der Zeit, als er die Mühle bei der wechselseitigen Assekuranz-Anstalt versicherte, jedenfalls vor dem 5. Juli 1833, wo die fragliche Mühle abbrannte, Kenntniß hatte von der bereits früher erfolgten Versicherung des nämlichen Objectes durch den Hypothekar-Gläubiger Dufresne bei der französischen Gesellschaft, ohne Anzeige davon zu machen, insbesondere darüber, daß Wernet nicht allein dieses eingestanden, sondern auch wiederholt erklärt habe, sogar an beide Anstalten resp. für die französische Gesellschaft an Dufresne die Prämie bezahlt zu haben.

Der A. G. H. erkannte folgendermaaßen:

J. E., daß auf die von beiden Versicherungs-Anstalten gemeinschaftlich erhobene Klage die Entscheidung von der Untersuchung folgender Fragen abhängig ist.

1) Ist die Zurückforderung der den Betrag des wirklichen Schadens übersteigenden Summe im Allgemeinen unbedingt nach den Eigenthümlichkeiten des Versicherungsvertrages zulässig?

2) Tritt dies auch dann ein, wenn den Versicherungs-Anstalten vor der Zahlung bekannt war, daß eine doppelte Versicherung Statt gefunden, und daß zum Vortheile des abgebrannten Eigenthümers beide Zahlungen erfolgten?

3) Ist wenigstens die Zurückforderung insofern begründet, als dargethan werden sollte, daß der Appellant von der doppelten Versicherung zur Zeit Kenntniß gehabt habe?

J. E., was die erste Frage anbelangt:

Daß zu dem Wesen eines jeden Versicherungsvertrages nothwendig gehört, daß nur für den möglichen künftigen Schaden eingestanden und nur dieser übernommen werde, daß auf diese Weise der versicherte Eigenthümer nur gegen jede Gefahr eines wirklichen Verlustes geschützt und im eintretenden Falle nur der wirklich erlittene Schaden ersetzt werde, weil sonst der Vertrag in eine unerlaubte Wette ausarten dürfte.

Daß auch die Statuten der wechselseitigen Assekuranz für die Regierungsbezirke Koblenz und Trier von diesem Grundsatze ausgehen, daß ebenfalls die Police der allgemeinen Versicherungsgesellschaft nur den Ersatz des wirklichen Schadens zum Gegenstande hat;

Daß zwar die im § 9. jener Statuten und im Art. 7 der Police enthaltene Pönalklausel den Fall unterstellt, wo der Eigenthümer entweder selbst den nämlichen Gegenstand doppelt versicherte, oder wo derselbe von der durch einen anderen geschehenen anderweitigen Versicherung Wissenschaft hatte und dies verschwieg; daß es übrigens auf die volle Anwendung jener Pönalklausel hier nicht ankommen kann, da in erster Instanz nur auf Herausgabe des Gewinnes erkannt und gegen diese Entscheidung keine Inzidentberufung vorgebracht worden ist.

Daß überdies, wenn man unterstellt, daß Dufresne und der Appellant, jeder ohne Wissen des andern, für sich, die Mühle versichern, und diese Versicherung fortbestehen ließen, ohne zu ahnen, daß eine doppelte Versicherung bestehe, von jener Pönalbestimmung nicht die Rede seyn dürfte;

Daß dann aber die Frage entsteht, ob bei späterem Brandschaden eine doppelte Entschädigung erfolgen könne, und ob dieser Gewinn als ein zufälliger, mithin dem Appellanten zukommender, erachtet werden müsse;

Daß Dufresne, wenn ihm die anderweitige spätere, nicht von ihm ausgegangene Versicherung unbekannt blieb, für die, der Sicherheit seiner Forderung drohende Feuergefahr

einen gültigen Assekuranzvertrag eingehen und fortbestehen lassen durfte;

Daß er zwar die ganze Mühle versicherte, jedoch sein Recht später auf den Betrag seiner Forderung beschränkt hat;

Daß folglich an ihn die Zahlung erfolgen mußte, daß diese Zahlung auch nothwendig zur Liberation des Schuldners geschah, indem Dufresne, nach den wesentlichen Bedingungen des Vertrages, nur einen Schadenersatz finden, jedoch keinen Gewinn machen durfte;

Daß es unter diesen Umständen unerheblich erscheint, ob Dufresne in Folge eines Judikats, (was nicht aus den Acten erhellt) oder aus freien Stücken die Zahlung erhielt, nachdem die allgemeine Versicherungsgesellschaft von ihren früheren Einreden abstand;

Daß gegen ihn also keine Zurückforderung Statt finden konnte, insofern die obigen Unterstellungen vorausgesetzt werden sollten, um so weniger als dessen Schuldner durch die Zahlung liberirt worden ist;

Daß aber gegen den Letzteren die mitappellatische allgemeine Versicherungs-Gesellschaft nur in so weit durch rechtskräftiges Urtheil abgewiesen worden ist, als sie als Cessionarin des Dufresnė auftrat, jedoch nicht in so fern als sie, vereinigt mit der Königl. Regierung zu Trier, das zuviel Bezogene zurückverlangt.

Daß die Agenten der französischen Gesellschaft sowohl als die Verwaltung der wechselseitigen Assekuranz nur ermächtigt sind, den wirklich erlittenen Schaden zu zahlen, keineswegs aber animo donandi verfahren dürfen; der Appellant aber nicht befugt war, einen doppelten Ersatz zu verlangen, auch die irrthümliche doppelte Versicherung Sina Causa licita uud als dem Wesen des Vertrages widerstreitend für den Mehrbetrag nichtig ist, daß also eben so wenig von der Erfüllung einer obligatio naturalis hier die Rede seyn kann;

Daß der doppelte Ersatz des Schadens auch keineswegs als ein zufälliger Gewinn zu betrachten ist, da hier die doppelte Zahlung von zwei verschiedenen Versicherungs-Gesellschaften an zwei verschiedene Individuen für einen und den nämlichen Schaden erfolgte, von welchen der eine, nämlich Dufresne, das indirekte Interesse des andern vertrat, und dieser Fall von jenem, vom Appellanten angegebenen, ganz

verschieden ist, wo ein Dritter durch eine Schenkung den Betrag des Schadens ersetzt, oder wo bei dem Abbrechen der Ruinen und Wiederaufbauen der abgebrannten Gebäude gelegentlich ein Schatz gefunden wird, indem dieser Fund und jene Schenkung nicht die vertragsmäßige Pflicht zum Schadenersatz aufheben können;

Daß diesem Allem zufolge die Erstattung des widerrechtlich zu viel Empfangenen erfolgen muß, und es nicht darauf ankommen kann, ob von Seiten der Appellatinnen oder vielmehr ihrer Agenten bei der Zahlung ein faktischer oder Rechts-Irrthum obwaltete oder nicht, da hier, wie schon gesagt, weder animus donandi noch obligatio naturalis vorhanden war.

J. E., was die zweite Frage betrifft:

Daß es jedenfalls nicht hinreichen könnte, daß der Kön. Regierung zur Zeit, als sie die Zahlung der 860 Thlr. anwies, bekannt gewesen, daß auch der Hypothekargläubiger Dufresne bei einer anderen Gesellschaft seine Forderung versichert hatte, insofern ihr nicht auch bekannt geworden, daß jene andere Gesellschaft schon zum Vortheil des Appellanten einen Ersatz geleistet habe; daß aber aus dem Umstande, daß die Königl. Regierung schon unterm 18. Mai 1834 die Zahlung der Summe von 860 Thlr. zum Wiederaufbau der Mühle anwies, und daß erst unterm 2. Juni 1834 die Zahlung von Seiten der allgemeinen Versicherungs-Gesellschaft an Dufresne erfolgte, für die Königl. Regierung selbst das Entgegengesetzte erhellt;

Daß folglich diese Frage und aus den ad 1) schon angegebenen Gründen ihre Erledigung findet.

J. E., was die dritte Frage betrifft:

Daß es diesem Allem zufolge auf die Untersuchung dieser Frage hier nicht ankommen kann; daß der von den Appellatinnen subsidiarisch erbotene Beweis mithin überflüssig erscheint, daß überdies aus den Acten erhellt, daß der Appellant, nachdem ihm unterm 18. Mai 1834 der ganze Betrag seines Schadens schon angewiesen worden, dennoch später vor dem Landgerichte zu Saarbrücken, die an Dufresne anderweitig geschehene Zahlung zu seiner Entlastung und Entschädigung in Anspruch nahm, sich folglich zum Schaden Dritter zu bereichern suchte.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 31. Januar 1837 eingelegte Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 9. März 1838.

Advokaten: Borchhardt — Best und Lautz.

Transport zu Wasser. — Vorspann. — Handelsgeschäft. — Handelsgericht. — Kompetenz.

Zwar ist nach Art. 632 des H. G. B. die Uebernahme eines Transportes zu Wasser oder zu Lande als ein Handelsgeschäft anzusehen und gehören daher die darüber entstehenden Streitigkeiten vor die Kompetenz der Handelsgerichte.

Aber von der Uebernahme eines Transportes, bei welchem die zu verführende Waare an dem Absendungsorte von dem Uebernehmer mit der Verpflichtung in Empfang genommen wird, dieselbe an dem Bestimmungsorte abzuliefern, unterscheidet sich wesentlich der Vertrag, wodurch Jemand sich verpflichtet einem Andern bei einem von diesem selbst zu bewirkenden Transporte zu Wasser, mit seinen Pferden durch das Stromaufwärtsziehen des Schiffes des Letztern Hülfe zu leisten.

Diese Uebereinkunft stellt vielmehr einen gewöhnlichen Dienstvertrag dar, welcher dadurch, daß die zu leistenden Dienste für einen mit dem Handel in Verbindung stehenden Zweck versprochen worden sind, die Natur eines Handelsgeschäftes noch nicht erhält.

III. Senat. Sitzung vom 9. März 1838.

Advokaten: Borchhardt — Holthoff.

Gemeindeweg. — Eigenthumsfrage. — Kompetenz.

Sind die Gerichte befugt, über die Klage zu entscheiden, ob ein gewisser Weg (ein Gemeindeweg) ein öffentlicher sey, wenn bei einer zur Berichtigung seiner Grenzen angestellten Klage der anschießende Eigenthümer dessen Natur in Abrede stellt?

Gemeinde Sobernheim — Notar Scheuer.

Ermächtigt durch die Königliche Regierung zu Koblenz, erhob die Gemeinde Sobernheim gegen den dortigen Notar Scheuer unterm 5. Januar 1836 eine Grenzbesichtigungs-Klage, welche die Feststellung der Grenze zwischen einem in Sobernheim liegenden Garten und einem daran stoßenden Gemeindeweg zum Gegenstande hat. Bei der Einrede des Notars Scheuer, daß dieser Weg kein Gemeindeeigenthum sey, ließ das Interlokut des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 5. April ejusdem die Klägerin durch Schriften und Zeugen zu dem erbotenen Beweise, daß der an den Garten des Beklagten anstoßende Weg Gemeindeeigenthum sey, und derselbe nur als solcher von den anstoßenden Grundbesitzern benutzt worden. Durch Zeugen suchte sie denselben zu führen, es erging indeß unter dem 29. August selbigen Jahrs ein definitives Urtheil, welches ihn für nicht erbracht erklärte und demnach die Gemeinde mit der Klage abwies. Deren Berufung war erfolglos, denn auch der Königl. Appellations-Gerichtshof hielt diesen Beweis für nicht geliefert.

III. Senat. Sitzung vom 24. Januar 1838.

Advokaten: **Holthoff — Bauerband.**

Durch den vorgebrachten Einwand bezweckte der Verklagte lediglich die Inqualifikation der Klägerin zur Anstellung der Klage, die vor allem eine Angrenzung voraussetzt, L. 4. § 1. dig. fin. regund., er wollte diese in Abrede stellen, und zwar dadurch, daß er sich weigerte, den an seinen Garten angrenzenden Raum, welcher nach der Behauptung der Gemeinde ein Gemeindeweg seyn sollte, für einen solchen anzuerkennen. Konnte eine solche Natur des Weges nicht nachgewiesen werden, so müßte die Klage ohne Erfolg bleiben; denn die Gemeinde Sobernheim hatte selbige nicht als Patrimonial-Besitzerin, sondern als gesetzliche Verwalterin in Gemeindewege-Sachen angestellt. Um aber in der letztern Eigenschaft qualifizirt zu seyn, mußte feststehen, daß der fragliche ein Gemeindeweg sey. Von der Frage, ob der Notar Scheuer auf einen und auf welchen Antheil des Weges Anspruch machen werde, war und konnte in dieser Sachlage noch nicht Rede seyn. Die Klage war noch nicht da-

hin gewiesen, daß man sagen konnte, finium regundorum actio pro rei vindicatione est, l. 1. dig. l. c.

Wer hatte nun die Frage über die Natur des Weges zu entscheiden, die Justiz- oder die Verwaltungsbehörde? in erster und zweiter Instanz haben sich die Gerichte dazu befugt gehalten, obgleich in zweiter das öffentliche Ministerium auf die absolute Inkompetenz aufmerksam machte. Beide Urtheile enthalten indeß hierüber keine Erörterungen; daher lassen sich nur Vermuthungen in dieser Hinsicht aufstellen.

Wie es den Gemeinden obliegt, alle die Gemeindewege ihres Bezirks betreffenden Civilansprüche vor Gericht geltend zu machen, weil selbige auf Kosten der Gemeinden erhalten werden, und deren Beeinträchtigung zu verhindern zunächst im Interesse derselben liegt; so geben die Gesetze der höhern administrativen Gewalt, in der Person des Appellanten, gegenwärtig den Königl. Regierungen die Befugniß, zu bestimmen, ob ein gewisser Weg als einen Gemeindeweg zu halten oder beizubehalten sey oder nicht. Dieses ergeben die Art. 2. Sect. 6. des Gesetzes vom 6. Oktober 1791, 2 u. 3 des Gesetzes vom 23 Messid. J. V. u. VI. des Gesetzes vom 9. Vent. J. XIII.; ferner die in speziellen Conflictsfällen gegebenen Dekrete vom 16. Oktober und dasjenige vom 8. November 1813, hier noch alle publicirt vid. zudem Proudhom, traité du domaine public, tom. 1. chap. 31. Cormenin, questions de droit administratif, 5. edit., chap. 5. Nro. 4. Auch die neuern Verwaltungsgesetze stimmen hiermit überein; denn der § 3. des 1. Abschnitts der Instruction für die Regierungen vom 23. Oktober 1817 theilt speziell, unter lit. c. die öffentliche Communication, die Land- und Wasserstraßen dem Wirkungskreise der zweiten Abtheilung zu, und der § 2. Nro. 2. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 bestätigt für diese Behörde die frühern Befugnisse der Präfecten, da es wirklich solche sind, die diesen, und nicht den Präfecturräthen zustanden. Es war daher die Königl. Regierung zu Koblenz allein, welche die Befugniß hatte, durch einen Beschluß festzusetzen, ob der in Frage stehende Weg ein öffentlicher sey oder nicht, und das Gericht mußte nach Maßgabe desselben die Qualifikation der Gemeinde annehmen oder verwerfen.

Die Richtigkeit dieser Behauptung stellt sich noch mehr heraus, wenn man sich das anderweitige Verfahren gegenwärtigt, wozu die Regierung auf den Grund der bezogenen Gesetze berechtigt gewesen wäre. Sie konnte damit beginnen, auf den Antrag der Gemeinde die Vicinnalität des Weges zu erklären und zugleich dessen Grenzen festzusetzen, und dann abwarten, ob der Notar Scheuer Eigenthumsansprüche machen werde. Würden, wenn unter diesen Voraussetzungen derselbe entweder agendo behauptet hätte, daß der fragliche Weg kein öffentlicher und daher die Regierungs-Verfügungen aufzuheben seyen, oder wenn er excipiendo in der jetzt geschehenen Weise zu dem nämlichen Zwecke gehandelt hätte, die Gerichte zur Entscheidung über solche Anträge kompetent gewesen seyn? das läßt sich wohl nicht bejahen, ohne diesen Eingriffe in den gesetzlichen Wirkungskreis der Verwaltungsbehörde, ein Erkenntniß über den Bestand eines administrativen Acts zuzugestehen. Cormenin l. c. Nro. 11. und die dort bezogenen Urtheile des Cassationshofes vom 14 Therm. J. XIII. und 12. Februar 1808. Die Befugnisse der Regierung zu Koblenz blieben dieselben, wie auch die Sache eingeleitet worden, und war die Justizbehörde unter den angegebenen Voraussetzungen inkompetent, die bereits getroffenen Verfügungen der Verwaltungsbehörden abzuändern und selbst über die Natur des Weges zu entscheiden, so ist sie es auch in der gegenwärtigen Lage der Sache gewesen.

Weil in erster Instanz die Kompetenzfrage gar nicht zur Sprache gekommen zu seyn scheint, und sie in zweiter, obgleich vom öffentlichen Ministerium angeregt, ganz unberücksichtigt geblieben, so ergeben, wie bereits bemerkt, beide Erkenntnisse nicht das Geringste hierüber.

Unbezweifelt ist die Kompetenz der Gerichte bei Streitigkeiten über Gemeindewege den ältern Gesetzen des linken Rheinufers gemäß nur da gegründet, wo das Eigenthum derselben von Privaten in Anspruch genommen wird. Vid. Proudhom l. c. und Cormenin, l. c. Nro. 10, 3°. Aber auch die neuere Gesetzgebung hat hieran nichts geändert, namentlich nicht die hierhin einschlagenden §§ 38 u. 40 der Verordnung vom 26. Dezember 1808, indem aus diesen auch die Inkompetenz der Justizbehörde und zwar um so mehr hervorgeht, als sie erst durch den Erlaß der polizeili-

chen Verfügung, des Beschlusses über die Natur des Weges, jedenfalls begründet werden konnte.

Vorliegend hatte aber Scheuer das Eigenthum des Weges so wenig zum Theile als im Ganzen in Anspruch genommen, vielmehr die Natur desselben nur kontestirt, um der Gemeinde die Qualifikation zur Klage zu benehmen. Es ist also eine Legitimations= keine Eigenthumsfrage, welche vorwaltet, und daher nur davon die Rede, welche Behörde zur Erledigung der erstern über die Natur des Weges zu statuiren habe.

Vielleicht mag die Kompetenz auch darin gefunden worden seyn, daß ein Gemeindeweg nicht zum domaine public oder durch unrichtige Gleichstellung dieser beiden Begriffe, nicht zum domaine national gehöre, vielmehr dem Grund und Boden nach Gemeindeeigenthum sey und bleibe, worüber ein Gericht jedenfalls befugt erscheine zu entscheiden.

Diese Ansicht würde indeß aus mehrern Gründen sich nicht rechtfertigen lassen. Wie sich die Gegenstände des domaine public von dem domaine national unterscheiden, zeigen am ausdrücklichsten die Art. 1 u. 2 des Gesetzes vom 1. Dezember 1790. Wenn es auch aus der Discussion des Staatsraths über den Art. 538 des B. G. B. hervorgeht, daß man dabei von der Ansicht ausgegangen, Gemeindewege gehörten dem Grund und Boden nach den Gemeinden, worin sie gelegen sind, so ist dieses doch nur von Einfluß auf deren Verwendung für den Fall ihres Eingehen, indem sie alsdann nicht den Staatsdomainen, sondern dem Patrimonial=Vermögen der Gemeinde zufallen; wie auch dieses das Dekret vom 24 Vend. J. XI., mit Rücksicht auf den Art. 2 des Gesetzes vom 1. Dezember 1790, und veranlaßt durch eine Entscheidung des Finanzministers vom 4. Germ. J. VII., welche den Boden abgeschaffter Gemeindewege für National=Eigenthum hielt und dessen Verkauf zum Vortheil der Domainen verfügte, festgestellt hat. So lange solche aber ihre öffentliche Bestimmung behalten, welche sie nach der allgemeinen Fassung des Art. 538 (et généralement toutes les portions du territoire qui ne sont pas susceptibles d'une propriété privée) dem Verkehr, eben wegen des öffentlichen Zwecks, gänzlich entzieht, so gehören sie in so fern immer dem domaine public an und sind in dieser Rücksicht unter die Gewalt der administrativen Polizei=Be=

hörden gestellt, gleich den in diesem Artikel ausdrücklich bezeichneten Gegenständen; vid. Cormenin, l. c. p. 212.

Schließlich noch Folgendes:

Von den Parteien und in den Urtheilen wird der gedachte Weg lediglich als Gemeindeweg qualifizirt, und so möchte es wohl überflüssig seyn, noch zu bemerken, daß derselbe im Orte Sobernheim, liegt, wie es jedoch scheint, nur von Gärten begrenzt wird, und daher eine Straße nicht genannt werden mag. Wollte man ihn indeß als eine solche betrachten, so würde dennoch das rechtliche Verhältniß dasselbe bleiben.

Zeugenverhör. — Ausland.

Wie ist ein im Auslande mangelhaft abgehaltenes Zeugenverhör zu berichtigen?

Eheleute Loomans — v. Reibelt u. Cons.

J. E., daß die Vorschriften der Rh. Civilprozeßordnung über die Form der Zeugenvernehmung auf Vernehmungen, welche nur durch ausländische Gerichte bewirkt werden können, keine Anwendung finden, da jede rechtliche Handlung, also auch eine Prozeßhandlung, hinsichtlich ihrer formellen Gültigkeit nach den Gesetzen des Landes beurtheilt werden muß, in welchem sie vorgenommen worden ist;

Daß daher der Antrag, die den 5. Februar d. J. von dem Großherzogl. Badischen Oberamte zu Berncassel bewirkte Vernehmung des Großherzogl. Landgestüts-Bewahrers Martin Kraus wegen Nichtbeachtung der Bestimmungen der hier geltenden Civil-Prozeßordnung für nichtig zu erklären, als ungerechtfertigt erscheint;

Daß es indeß für die materielle Benutzung einer Zeugenaussage wesentlich ist, daß die Partei, gegen welche dadurch ein Beweis geliefert werden soll, von der Person des zu produzirenden Zeugen nicht nur vorher unterrichtet gewesen sey, sondern auch Gelegenheit gehabt habe, der Vernehmung in Person oder durch einen Mandatar beizuwohnen, um durch die an den Zeugen auf ihren Antrag zu richtenden Fragen zur Aufklärung der Sache beitragen zu können;

Daß nun die Vernehmung des Zeugen Martin Kraus in Abwesenheit und ohne vorherige Vorladung der Appellaten Statt gefunden hat;

Daß diesem Mangel jedoch bei Wiederholung des Zeugenverhörs noch abgeholfen werden kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die Einrede der Nichtigkeit der auf Anstehen der Appellanten den 5. Februar d. J. von dem Großherzogl. Badischen Oberamte Berncassel bewirkten Vernehmung des Großherzogl. Landgestüts-Bewahrers Martin Kraus, ersucht jedoch das Großherzogl. Badische Oberamt Berncassel in einem zu bestimmenden Termine, wenn die Appellaten sich persönlich oder durch einen Mandatar zu demselben einfinden sollten, in deren Gegenwart und unter Zulassung der Anwesenheit der Appellanten oder des etwaigen Mandatars derselben die Vernehmung zu wiederholen, so wie den Anwalt der Appellanten von dem angesetzten Termine zu benachrichtigen, damit dieser den Appellaten zeitig davon Kenntniß geben könne; gibt dem Anwalte der Appellanten eine sechswöchentliche Frist zur Erwirkung der erforderlichen Terminbestimmuug, und reservirt die Entscheidung wegen der Hauptsache und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 24. März 1838.

Advokaten: Haas — Bauerband — Holthoff.

Feuersbrunst. — Stroh. — Pächter. — Schadenersatz.

Erlöscht die Verbindlichkeit, welche der Pächter eines Landgutes eingegangen ist, bei'm Abzuge das vorräthige Stroh zurückzulassen, wenn dasselbe durch Feuersbrunst verzehrt wird, oder muß der Pächter den Verpächter dafür entschädigen?

Bürgers — Schmitz.

Nach Inhalt einer Notarialurkunde vom 13. Juni 1831 verpachtete Victor Bürgers dem Ackersmann Peter Joseph Felten den zu Langenbrück in der Bürgermeisterei Merrheim gelegenen sogenannten Grafenhof und Joh. Philipp Schmitz stellte sich für den Anpächter, rücksichtlich der demselben obliegenden Verpflichtungen als solidarisch haftender Bürge dar. Der gedachte Pachtvertrag enthält die ausdrückliche Bestimmung, daß der jedesmalige Vorrath von Kaaf, Dün-

ger und Stroh als unbewegliches Zubehör bei'm Gute verbleiben solle.

Im letzten Jahre dieser Pachtung wurden die Gebäulichkeiten des Gutes mit dem darin befindlichen Vorrath von Früchten und Stroh durch eine Feuersbrunst zerstört, und der Anpächter zog von dem Gute ab, ohne Stroh und Kaaf zurückzulassen.

Der Eigenthümer des Gutes belangte nunmehr den Joh. Philipp Schmitz, als solidarisch verpflichteten Bürgen seines gewesenen Pächters vor das Königl. Landgericht zu Köln, um sich zum Ersatze des Werthes von Stroh und Kaaf, welche beim Abzug des Pächters auf dem Hofe hätte zurückgelassen werden müssen, verurtheilen zu hören. Der Beklagte trug auf Abweisung dieser Klage an, weil unbestrittenermaßen die Hofesgebäulichkeiten mit dem darin befindlich gewesenen Vorrath von Früchten und Stroh, im letzten Jahr der Pachtung verbrannt, und dadurch die Verpflichtung, Stroh und Kaaf zurückzulassen, von selbst erloschen sey. Es kam hierbei zur Sprache, daß die Früchte inclus. des Strohes bei einer Feuerversicherungs-Gesellschaft assekurirt gewesen, auch der daran erlittene Schaden von der gedachten Gesellschaft vergütet worden sey.

Der Beklagte behauptete aber, daß dieser Umstand, als res inter alios acta, dem Kläger um so weniger zum Nutzen gereichen könne, da keine Subrogation der Brandassekuranzgelder an die Stelle des verbrannten Strohes Statt finde.

Das Königl. Landgericht erkannte durch Urtheil vom 12. Mai 1837 nach dem Antrage des Beklagten, indem es den Kläger mit seiner Klage lediglich abwies und denselben in die Kosten verurtheilte.

In Folge der gegen dieses Urtheil eingelegten Berufung wurde Seitens des Appellanten in subsidium der Beweis darüber erboten, daß Appellat Früchte und Stroh für das letzte Jahr der Pachtung, in welchem die Feuersbrunst Statt gefunden, bei einer Feuerversicherungs-Gesellschaft assekurirt, und nach Maaßgabe der Versicherung auch für die Zerstörung des Strohes Ersatz erhalten habe. Die Berufung wurde indeß zunächst und hauptsächlich auf die Verfügung des Art. 1733, des B. G. B. gestützt, dessen Anwendbarkeit auf das beim Gute zurückzulassende Stroh und Kaaf der Appellat jedoch contestirte.

Der Appellationsgerichtshof erkannte wie folgt.

J. E., daß der erste Richter seine Entscheidung hauptsächlich darauf gegründet hat:

Daß die Verpflichtung, welche der Art. 1778 des B. G. B dem Peter Joseph Felten als Pächter des dem Appellanten zugehörigen Grafenhofes auflegte, beim Abzuge von dem Hofe das vorräthige Stroh zurückzulassen, nach der Bestimmung des Art. 1302 dadurch erloschen sey, daß jenes Stroh durch Brand verzehrt, und appellantischerseits gar nicht behauptet worden, daß der Brandschaden durch Verschulden des Pächters veranlaßt worden sey.

J. E., daß der Brand zwar in der Regel als ein unabwendbares Ereigniß anzusehen ist, und nur dann gegen den Bewohner des in Brand gerathenen Gebäudes eine Klage auf Schadensersatz begründen kann, wenn demselben nachgewiesen wird, daß ein ihm zu imputirendes Versehen dem Brande vorhergegangen oder solchen begleitet hat;

Daß aber der Art. 1733 von dieser Regel zu Gunsten des Verpächters dem Pächter gegenüber eine Ausnahme aufstellt, und letztern dem erstern für jeden Brandschaden in der Art verantwortlicht macht, daß allemal bis zum Beweise des Gegentheils vermuthet werden soll, der Brand sey durch Unachtsamkeit oder Nachlässigkeit des Pächters entstanden;

Daß man appellantischerseits die Behauptung hat geltend machen wollen, der Art. 1733 sey strictissimae interpretationis und daher die Verantwortlichkeit des Pächters auf Mobilien, die dem Verpächter zugehören und durch den Brand des Gebäudes zerstört werden, nicht auszudehnen;

Daß aber wohl nicht bezweifelt werden kann, daß der Pächter dem Verpächter denjenigen Schaden zu ersetzen habe, welcher diesem als solchem unmittelbar durch den Brand des Gebäudes verursacht wird;

Daß in vorliegendem Falle in dem Pachtkontract ausdrücklich stipulirt worden, daß der jedesmalige Vorrath an Kaaf, Dünger und Stroh als unbewegliches Zubehör beim Gute bleiben solle; welchemnach Stroh und Kaaf durch Bestimmung des Eigenthümers nach Art. 524 des B. G. B. ein accessorisches Immöbel geworden war.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kön. Landgerichtes zu Köln vom 12. Mai 1837, verurtheilt den

Appellaten, dem Appellanten dafür Ersatz zu leisten, daß bei dem Abzuge des Pächters Peter Joseph Felten von dem dem Appellanten zugehörigen Hofe in Langenbrück sich weder Kaaf noch Stroh bei diesem Hofe zurückgelassen vorgefunden; verordnet die Ausmittelung des Werthes solchen Strohes und Kaafs, wie es sich hätte vorfinden müssen, durch Sachverständige, und wird bei Ermangelung anderweitiger Einigung über die Wahl der Sachverständigen unter den Parteien der Friedensrichter zu Mülheim, mit der Ernennung so wie mit der Vereidung derselben beauftragt, welcher das darüber aufzunehmende Protokoll in Urschrift an das Sekretariat des Appellations-Gerichtshofes zu befördern hat, verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder und verurtheilt den Appellaten in die bisherigen Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 11. April 1838.

Advokaten: Bauerband — Müller.

Vertrag. — Bestimmter Gegenstand.

In wie fern ist eine Bürgschaft für das Resultat zukünftiger Berechnung über Handels-Verkehr als Verbindlichkeit zu betrachten?

Ehefrau Meyer — Oswald.

Die Ehefrau des zu Koblenz fallirten Kaufmannes Carl Ernst Meyer jun. errichtete unter Autorisation ihres Ehemannes am 4. September 1833 vor Notar Simon einen Act, worin sie erklärte: ihr besagter Ehegatte stehe mit dem Handelsmanne Herrn J. Jak. Oswald in Coblenz in Geschäftsverbindung, in deren Folge er demselben zuweilen eine nicht unbedeutende Summe schuldig werde. Um nun benannten Oswald gegen alle Wechselfälle des Glücks sicher zu stellen, so verbindet sich die Frau Comparentin andurch unter Verhaft ihres sämmtlichen liegenden und fahrenden, gegenwärtigen und zukünftigen Vermögens, nicht nur solidarisch mit ihrem besagten Ehegatten für die pünktliche Erfüllung aller und jeder Verbindlichkeit, die derselbe entweder direkt oder indirekt gegen ꝛc. Oswald bereits contrahirt habe und später contrahiren werde, mit der Verpflichtung, ihm jede Summe aus ihrem eigenen Vermögen zu bezahlen, die ihr Ehegatte ihm dermalen verschuldet, oder noch schuldig

werden könnte, sondern sie hat auch den genannten Oswald für den Betrag seines jetzigen oder künftigen Guthabens in alle ihre weiblichen Rechte und Benefizien subrogirt, um eintretenfalls dieselbe geltend und sich in deren Folge vorzugsweise, selbst von der Frau Comparentin bezahlt zu machen.

Als das Guthaben der Ehefrau Meyer von der Fallitmasse liquidirt werden sollte, ließ Oswald gedachte, zur Einlassung auf diese Klage, durch Urtheil ermächtigte Ehefrau Meyer an's Königl. Landgericht zu Koblenz vorladen, um sich gemäß dem Acte vom 4. September 1833 als solidarische Bürginn ihres Ehemannes verurtheilen zu hören, an den Kläger zu bezahlen die Summe von 26063 Thlr., und demzufolge in alle Rechte der beklagten Ehefrau gegen die Fallitmasse von C. E. Meyer eingesetzt zu werden.

Von Seiten der Beklagten wurde dieser Klage entgegengesetzt, daß der fragliche der Klage zum Grunde gelegte Bürgschaftsact vom 4. September 1833 als nichtig und ohne Wirkung zu betrachten sey, weil darin ein bestimmter Gegenstand nicht angegeben sey.

Durch Urtheil vom 18. Mai 1837 erkannte das Königl. Landgericht zu Koblenz wie folgt:

J. E., daß in dem erwähnten Notarialacte die Verklagte vorerst im allgemeinen erklärt, ihr Ehemann stehe mit dem Handelsmanne Joh. Jakob Oswald in Geschäftsverbindung und werde in deren Folge demselben zuweilen eine nicht unbedeutende Summe schuldig; daß sie sodann sich solidarisch für die Erfüllung aller und jeder Verbindlichkeit verpflichtet, welche ihr Ehemann direkt oder indirekt gegen den Kläger bereits contrahirt habe, und später contrahiren werde, unter dem Zusatz „mit der Verpflichtung ihm jede Summe aus ihrem eigenen Vermögen zu bezahlen, die ihr Ehegatte ihm dermalen verschuldet oder noch schuldig werden könnte;"

Daß hiernach der Gegenstand der Verbindlichkeit im Sinne des Art. 1129 des B. G. B. genügend bezeichnet und als solcher die Bürgschaft und solidarische Verpflichtung für alle Schulden, welche Carl Ernst Meyer aus seiner Handelsverbindung mit dem Kläger contrahirt hat, oder noch contrahiren wird, angegeben ist; daß zwar die Größe der Verbindlichkeit nicht bestimmt worden, jedoch auch dieses Quantum nach der ausdrücklichen Vorschrift des zweiten Theils

des Art. 1129 unbestimmt seyn konnte, wenn nur überhaupt eine Festsetzung möglich war; daß aber letztere sogleich Statt finden kann, wenn die Schulden des Ehemanns der Verklagten liquidirt und deren Zahlung von dem Bürgen gefordert werden;

Daß ferner nach § 3. J. de fidejussoribus und L. 6. D. de fidejussoribus et mandatoribus eine Bürgschaft eben so wohl für eine zukünftige und eventuelle Forderung, wie für eine bereits fällige in gültiger Weise geleistet werden kann, mithin auch daraus, daß die Verklagte sich für die künftig zu contrahirenden Schulden ihres Ehemannes verpflichtet hat, ein Einwand gegen die Rechtsbeständigkeit des Bürgschaftsactes nicht zu entnehmen ist, hierbei es sich aber von selbst versteht, daß die Verklagte nicht auf unbestimmte Zeit verhaftet bleibt, sondern sobald sie ihre Bürgschaftsleistung dem Gläubiger aufkündigt, von diesem Zeitpunkte an für die Zukunft keine fernere Verbindlichkeiten mehr für sie entstehen können.

J. E., daß die Verklagte auch die Größe der vom Kläger eingeklagten Forderung bestreitet, daher derselbe hierüber den Beweis zu führen hat, zu welchem er sich erbietet.

Aus diesen Gründen

läßt das Königl. Landgericht, bevor es über die Hauptklage definitiv entscheidet, den Kläger zu dem erbotenen Beweise durch Urkunden darüber zu:

> Daß er die in der Vorladung vom 24. Februar d. J. angegebene Summe von 26063 Thlr. aus seiner Handelsverbindung mit dem Ehemann der Verklagten, dem Carl Ernst Meyer zu fordern habe.

Auf die von der Ehefrau Meyer eingelegte Berufung erließ der Rh. A. G. H. nachstehendes bestätigendes

Urtheil:

J. E., daß der Richter der ersten Instanz ganz mit Recht die von der Appellantin übernommene Verbindlichkeit, dem Appellaten alles dasjenige zu bezahlen, was ihr Ehemann demselben aus den zwischen beiden bestehenden Handelsgeschäften bereits schuldig sey, oder künftig noch schuldig werden möchte, für rechtsbeständig erklärt hat, indem die dieser also übernommenen Verbindlichkeit entgegensetzte, auf den Art. 1129 des B. G. B. gestützte Einwendung, „es

mangele derselben an einem gewissen und bestimmten Gegenstande," offenbar auf einer Verwechselung der Rechtsbegriffe, nämlich des gesetzlichen Erfordernisses eines bestimmten Gegenstandes der Verbindlichkeit und einer die rechtliche Wirksamkeit derselben aufschiebenden Bedingung beruht;

Daß namentlich der Gegenstand der von der Appellantin eingegangenen Verbindlichkeit in der Bezahlung der von ihrem Ehemanne gegen den Appellaten etwa noch zu kontrahirenden Schulden, folglich in der Hingabe einer Summe Geldes besteht, und der Gewißheit und Bestimmtheit dieses Gegenstandes bloß noch die Angabe des Betrages dieser Summe Geldes abgeht, dieser Mangel aber da er durch das Resultat einer künftigen Berechnung beseitigt werden kann, der Rechtsbeständigkeit der mehrgedachten Verbürgung, nach Anleitung des schon angeführten Artikels 1129 keinen Eintrag thut;

Daß dagegen die rechtliche Wirkung dieser Verbürgung oder das Recht des Appellaten, die Appellantin wegen derselben in Anspruch zu nehmen, erst dann eintreten kann, wenn es sich ereignet, daß der Ehemann der Appellantin dem Appellaten wirklich etwas schuldig bleibt.

J. E., daß die Verwirklichung dieser, offenbar suspensiven, Bedingung allerdings von dem beiderseitigen Willen des Appellaten und des Ehemannes der Appellantin abhängig gemacht ist, daß aber dieselbe dennoch mit Unrecht von der Appellantin als eine sogenannte Potestativbedingung, die das Rechtsgeschäft, welches an dieselbe geknüpft ist, ungültig macht, angesehen wird, indem eine das Rechtsgeschäft vereitelnde Potestativbedingung im Sinne des Gesetzes, nur dann vorhanden ist, wenn die Erfüllung des Vertrages der Willkühr desjenigen Contrahenten anheim gegeben wird, welcher eine Verbindlichkeit übernimmt, im vorliegenden Falle aber weder der Appellat noch der Ehemann der Appellantin, sondern nur diese Letzte allein in dem mehrgedachten Bürgschaftsvertrage eine Verbindlichkeit übernommen hat, die Erfüllung dieser Verbindlichkeit aber keineswegs ihrer Willkür überlassen ist.

J. E., daß diese aus der Lehre von den Verträgen im allgemeinen geschöpfte ganz richtige Ansicht durch die vom ersten Richter zur Anwendung gebrachten, rein naturrechtliche Grundsätze aussprechenden, Stellen des römischen Rechtes

(§ 3. Inst. de fidejuss. und L. 6. D. de fidej. et mand.) über den Bürgschaftsvertrag insbesondere, noch bedeutende Unterstützung erhält.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Erkenntniß des Königl. L. G. zu Koblenz vom 18. Mai 1837 eingelegte Berunfung unter Verurtheilung der Appellantin in die gesetzliche Geldbuße und in die Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 6. April 1838.

Advokaten: Lautz — Hasenclever.

Subhastation. — Patent. — Zustellung desselben. — Frist.

Muß die Zustellung des Subhastationspatents in den ersten 14 Tagen der nach den Bestimmungen des § 15. der Subhastations-Ordnung zu berechnenden Frist geschehen?

Van Laak — Pauels.

Dem von den Erben Pauels gegen den Joh. van Laak bei dem Friedensgericht in Goch extrahirten Subhastations-Verfahren wurde von letzterm im Oppositionswege eine Nichtigkeit zum Vorwurfe gemacht, darin bestehend:

Daß das unterm 3 Oktober 1837 zum erstemal in den öffentlichen Anzeigen eingerückte Subhastationspatent ihm, dem Subhastaten, erst am 18 Oktober 1837, mithin nicht innerhalb derjenigen Frist von 14 Tagen zugestellt worden sey, welche der § 16. der Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822 für diese Insinuation bei Strafe der Nichtigkeit des Verfahrens (§ 32. daselbst) vorschreibe.

Die Entgegnung des Oppositen auf diesen Einspruch ist in dem nachstehenden Urtheile des Königl. L. G. zu Cleve vom 14. Februar 1838, welches ihr zum Theil Beifall gegeben und den Einspruch verworfen hat, zur Genüge enthalten.

Es heißt darin:

J. E., daß die gerügte Nichtigkeit — falls dieselbe als begründet anzunehmen wäre — durch die Bemerkung der Oppositen keineswegs beseitigt werden würde, daß ihnen nach Art. 1033 der B. P. O. noch ein gesetzlicher Zusatztag zu statten komme; indem theils die Fassung des § 16. der

Subhastations-Ordnung die Zulässigkeit solcher Zusatztage ausschließt, jedenfalls aber bei der geringen Entfernung von Appeldorn, dem Wohnorte des Opponenten, bis nach Goch, dem Sitze des, mit der Subhastation befaßten Gerichts, von demselben keine Rede seyn kann.

J. E., zur Sache, daß im gegenwärtigen Falle, wo die jährliche Grundsteuer des zu verkaufenden Immobile 10 Thlr. 17 Sgr. 11 Pfg. beträgt, nach § 13 u. 15. der Subh. O. zwischen dem Tage der ersten Einrückung des Subhastations-Patents, in den öffentlichen Anzeiger, und dem Subhastations-Termin, eine Frist von drei Monaten in Mitte liegen mußte;

Daß diese Frist von drei Monaten es ist, welche, als die Normale, das Gesetz bei allen auf dieselbe sich beziehenden Bestimmungen allein im Auge haben kann;

Daß daher auch alle solche Bestimmungen, zumal wenn deren Nichtbeobachtung mit strengen Präjudizien verbunden ist, lediglich auf diese Frist, nicht aber auf denjenigen Zeitraum bezogen werden müssen, welchen der Friedensrichter bei Bestimmung des Subhastationstermins, vorsichtshalber und für den Fall einer etwa zufällig verspäteten Insertion des Patents der gesetzlichen Frist willkürlich hinzugesetzt hat.

J. E., daß es diesemnach, wenn der § 16. der Subhastations-Ordnung vorschreibt, daß in den ersten 14 Tagen der, nach den Bestimmungen des vorhergehenden Paragraphen, zu berechnenden (in casu drei monatlichen) Frist dem Schuldner ein gedrucktes Exemplar des Subhastationspatents zugestellt werden müsse, hierbei nur die Absicht des Gesetzgebers gewesen seyn kann, dem Subhastaten wenigstens eine Frist von drei Monaten weniger 14 Tagen, oder von 11 Wochen, vor dem Verkaufstermine freizulassen, um innerhalb derselben, die, bei dem bisherigen Verfahren Statt gehabten Mängel entdecken, und sich zu deren Geltendmachung im Verkaufstermine vorbereiten zu können.

J. E., daß auch die Fassung des § 16. dieser Auslegung nicht im Wege steht, indem dieser Paragraph nicht verordnet, daß innerhalb 14 Tagen nach der ersten Insertion des Subhastationspatents, oder in den ersten Tagen der vom Friedensrichter *berechneten* Frist die Zustellung an den Schuldner erfolgen solle, sondern bloß von den ersten 14

Tagen der zu berechnenden, also der normalen, in casu dreimonatlichen Frist, spricht;

Daß aber, wenn vielleicht darauf, daß der § 16. von der, nach den Bestimmungen des § 15. zu berechnenden Frist redet, und der § 15. den Anfang der dreimonatlichen Frist vom Tage der ersten Insertion rechne, Gewicht gelegt werden sollte, jeder hieraus hervorgehende Zweifel dadurch beseitigt wird, daß der § 15. in Verbindung mit dem § 13. lediglich über den Anfangspunkt und den Endpunkt der vorgeschriebenen Frist, keineswegs aber darüber verfügt hat, welcher Theil dieser Frist in dem Falle, wo dieselbe durch die, von dem Friedensrichter gewählte Terminsbestimmung willkürlich verlängert worden ist, als der gesetzlich erforderliche, in casu dreimonatliche, Zeitraum angesehen werden solle;

Daß hiernach die im § 32. auf die nicht in den ersten 14 Tagen der gesetzlich erforderlichen dreimonatlichen Frist geschehene Insinuation des Subhastationspatents an den Schuldner gesetzte Nichtigkeit nur von dem Fall verstanden werden kann, wo diese Insinuation so spät erfolgt ist, daß dem Subhastaten die, nach dem vorhergehenden, als die entscheidende zu betrachtende Frist von drei Monaten weniger 14 Tagen vor dem Verkaufstermine nicht frei blieb;

Daß aber untergebens die Zustellung des Subhastations-Patents an den Opponenten van Laak, am 18. Oktbr. 1837, also noch mehr als drei Monate vor dem am 23. Januar 1838 angestandenen Subhastations-Termin bewirkt worden ist, von der behaupteten Nichtigkeit des Subhastationspatents und aller darauf erfolgten Verhandlungen mithin keine Rede seyn kann.

Auf die Berufung des van Laak erkannte der Rh. A. G. H. reformatorisch wie folgt:

I. E., daß der im § 13. der Subhastations-Ordnung für den Fall eines jährlichen Steuerbetrags von 4—160 Thl. vorgeschriebene Termin von drei Monaten, nach Inhalt des § 15. vom Tage der ersten Einrückung in den öffentlichen Anzeiger gerechnet werden soll — und daß nach Vorschrift des § 16. ibid. in den ersten 14 Tagen dieser Frist dem Schuldner ein gedrucktes Exemplar des Subhastationspatentes zugestellt werden muß;

Daß in dem vorliegenden Falle die erste Einrückung in den öffentlichen Anzeiger am 3. Oktober 1837 geschehen ist,

daß daher der 4. Oktober der erste und der 17. Oktober der 14. Tag der nach § 15. zu berechnenden Frist war;

Daß die Zustellung des gedruckten Exemplars des Subhastationspatents erst am 18. Oktober, folglich nicht in den ersten 14 Tagen der vorgeschriebenen Frist geschehen, und daher, nach Inhalt des § 32. ibid. nichtig ist.

J. E., daß die Verfügungen des Art. 1033 der B. P. O. auf den vorliegenden Fall nicht angewendet werden dürfen, weil die Subhastations-Ordnung vom 1. August 1822 ein späteres und spezielles Gesetz für diese Materie ist, und im § 16. gebieterisch vorschreibt, daß die Zustellung eines gedruckten Exemplars des Subhastationspatents an den Schuldner in den ersten 14 Tagen der, nach § 15. zu berechnenden Frist geschehen müsse.

Aus diesen Gründen

reformirt der Rh. A. G. H. das Urtheil des Königl. L. G. zu Cleve vom 14. Februar 1838, und an dessen Statt erkennend, nimmt er den, von dem Ackersmanne Johann van Laak, wider das, auf Anstehen der Erben Pauels am 23. Januar d. J. bei dem Friedensgerichte zu Goch wider ihn Statt gehabte Subhastationsverfahren, erhobenen Einspruch als gegründet an, erklärt demgemäß das am 13. September 1837 von dem Friedensrichter zu Goch erlassene Subhastationspatent, und das darauf erfolgte Verfahren für nichtig, verurtheilt die Appellaten in die Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 19. April 1838.

Advokaten: Lützeler — Haas.

Forstgerechtsame. — Anmeldung. — Ventose-Gesetze.

Schmitt — Gemeinde Niederzier.

Die Vorschriften der Gesetze vom 28 Vent. J. XI. und 14 Vent. J. XII. sind nicht anwendbar auf Waldungen, wovon dem Staate irgend nur ideelle Antheile zustanden, weil jene Gesetze nur von Nationalwaldungen sprechen und eine Ausdehnung derselben, die einzig im Interesse des Staates erlassen wurden, über ihren wörtlichen Inhalt hinaus nicht Statt finden kann.

I. Senat. Sitzung vom 7. März 1838.

Advokaten: Müller — Stupp.

Bergbau. — Privateigenthum. — Abtretung desselben. — Kompetenz.

Ueber die Streitfragen, ob die Heranziehung von Privateigenthum zum unmittelbaren oder auch mittelbaren Betriebe eines Bergbaues nothwendig sey, haben zunächst die Königl. Bergämter und demnächst deren vorgesetzten Verwaltungsbehörden zu entscheiden.

Den Gerichten steht dagegen das Erkenntniß darüber zu, welche Vergütung den Eigenthümern der abzutretenden Grundstücke für selbige gebühre.

Oberbergamt zu Bonn — die evangelische Kirche zu St. Johann.

Das Königl. Bergamt legte den bei der Kohlwaage zu St. Johann sich befindenden sogenannten Saarstollen an, und wurde durch Verfügung des hohen Finanzministeriums, Abtheilung für das Bergwerks-, Hütten- und Salinenwesen ermächtigt, einen Haldenplatz bei demselben zu erwerben und zwar an der Stelle, wo die theilweisen Grundstücke der Kirche zu St. Johann und der Wittwe Pfeifer und deren Consf. gelegen sind, deren Verpachtung resp. Abtretung vom Königl. Bergamte in Anspruch genommen wurden.

Die desfallsige Ermächtigung lautet wie folgt:

„Bei der anerkannten Nothwendigkeit einen Haldenplatz für den bei der Kohlwaage angelegten tiefen Saarstollen zu erwerben, wird das Königl. Oberbergamt seinem Antrage gemäß ermächtigt, die Erwerbung der auf dem anliegend zurückerfolgenden Situationsplan auf dem gesetzlichen Wege einzuleiten, wenn auf dem gütlichen Wege eine Uebereinkunft nicht erlangt werden kann." Da eine gütliche Abtretung nicht erlangt werden konnte, so stellte das Kön. Oberbergamt zu Bonn bei dem Königl. Landgerichte zu Saarbrücken wider die evangelische Kirche zu St. Johann Klage auf pachtweise resp. eigenthümliche Abtretung mehrerer in der Klage näher bezeichneten Grundstücke an, weil es in der Natur der Anlage des Saarstollens liege, daß der Haldenplatz nothwendig sey. Die beklagte Kirche und andere Eigenthümer, welche in dem Prozesse intervenirten, bestritten

die Nothwendigkeit der Anlage eines Haldenplatzes aus mehrern Gründen; wogegen das Bergamt bemerkte, daß nach der oben angeführten Verfügung des hohen Finanzministeriums vom 25. November 1835 die Frage der Nothwendigkeit nicht mehr zur Untersuchung kommen könne.

Am 22. August 1837 erkannte das Königl. Landgericht zu Saarbrücken wie folgt;

J. E., daß das klagende Oberbergamt, die in der Vorladungsurkunde bezeichneten Grundstücke zufolge der Artikel 43 und 44 des Gesetzes vom 21. April 1810 in Anspruch nimmt;

Daß diese gesetzliche Bestimmungen Anlagen zum Behufe des Bergbaues voraussetzen;

Daß also dem klagenden Oberbergamte zunächst die Beweisführung darüber obliegt, daß die fraglichen Grundstücke wirklich zu den unmittelbaren Zwecken des Bergbaues nothwendig seyen;

Daß diese Beweisführung durch ein Rescript des Ministeriums der Finanzen-Abtheilung für das Bergwerks-, Hütten- und Salinenwesen vom 25. November 1835 ersetzt werden soll, nach dessen Inhalt diese Grundstücke als nothwendig zu einem Haldenplatze für den sogenannten tiefen Saarstollen betrachtet worden sind;

Daß die Beklagten die Rechtsverbindlichkeit dieses Rescriptes bestritten, und behauptet haben, die Anlage des tiefen Saarstollens diene zum Vorwande, um sie aus dem Besitze ihrer Grundstücke zu setzen, und die eigentliche Absicht sey auf Gewinnung eines Magazinplatzes für den Handel mit Steinkohlen, der schon in Ausbeute begriffenen Steinkohlengruben des Sulzbacher Thales gerichtet;

Daß demnach zuerst zu prüfen ist, ob die Nothwendigkeit der Heranziehung der Grundstücke für die gegenwärtigen und unmittelbaren Zwecke des Bergbaues durch das erwähnte Rescript festgestellt sey?

J. E.; daß die höhern Staatsstellen für den Bergbau eine dreifache Attribution in sich vereinigen:

1) jene der landespolizeilichen Bergbaubehörde,
2) der Verwaltungsbehörden für das Bergwerkseigenthum des Staates, und
3) technischer Staatsstellen; Verordnungen vom 16. Dezember 1808, § 18 u. 19., vom 26. Dezember 1808, § 8., vom 30. April 1815, § 26;

Daß im vorliegenden Falle die Bergwerke, von welchen die Rede ist, ausschließliches Staatseigenthum sind;

Daß demnach die höhern bergamtlichen Staatsstellen in dieser Angelegenheit das fiskalisch-finanzielle Interesse des Staates vertreten;

Daß das Rescript vom 22. November 1835 folglich im fiskalischen Interesse erlassen ist, wie auch dessen Inhalt zu ergeben scheint, da es über die Rechte Dritter nichts festgesetzt, Behufs einer solchen Festsetzung die Einleitung vorbereitender Maßregeln nicht beurkundet, und eine Anweisung für das Königl. Oberbergamt enthält;

Daß solche Verfügungen nach unsern Landesgesetzen als einseitige Feststellungen unmittelbar betheiligter Behörden im Wege Rechtens bestritten, und eintretenden Falles für unwirksam erklärt werden können, § 41. der Verordnung vom 26. Dezember 1808, § 15. des Ressortreglements vom 20. Juni 1818;

Daß das Rescript vom 25. November 1835 also keineswegs zu den landespolizeilichen oder finanziellen Anordnungen gehört, bei welchen nur ein Rekurs an die höhere Behörde gestattet ist, § 19., 16. des Ressortreglements;

Daß folglich die Nothwendigkeit der Anlage auf andere für die Beklagte rechtsverbindliche Weise festgestellt werden muß.

I. E., daß die Bergwerkseigenthümer nach dem Gesetze vom 21. April 1810 ein vollständiges Eigenthum besitzen, weshalb auch die auf dieses Eigenthum bezüglichen Streitigkeiten vor die Gerichte verwiesen sind, Art. 27 des Gesetzes vom 28. Juli 1791, Art. 28, 56, 87 seq. des Gesetzes vom 21. April 1810;

Daß die Gerichte namentlich über die Schadloshaltung der Grundeigenthümer in den Fällen der Art. 43 u. 44 erkennen sollen, so wie über den Ankauf von Ländereien zum Zwecke des Bergbaues und Eigenthumsfragen überhaupt (vergleiche die Motive des Gesetzes vom 21. April 1810 und die ministerielle Instruction vom 3. August 1810);

Daß die Frage von der Nothwendigkeit solcher Anlagen für die Zwecke des Bergbaues eine administrative Feststellung voraussetzt, welche nicht allein von Rücksichten des Privateigenthums aus, sondern im allgemeinen landespolizeilichen Interesse vorzunehmen ist, und von den Gerichten,

welche über die Rechte der Eigenthümer als solche zu entscheiden haben, nicht vorgenommen werden kann, § 13. des Ressortreglements;

Daß namentlich umfassende Festsetzungen der Art, auf eine für alle Betheiligte verbindliche Weise vorzunehmen sind, und daß die Erreichung des Zweckes des Bergbaues nicht von den Schicksalen einzelner Rechtsstreitigkeiten abhängig seyn darf, durch welche größere Unternehmungen vereitelt werden könnten;

Daß die Feststellung der Nothwendigkeit der fraglichen Anlage also zunächst und vor weiterer Entscheidung durch eine kompetente und nichtbetheiligte Staatsbehörde vorgenommen werden muß, wobei zu beachten ist, daß die Allerhöchste Deklaration vom 27. Oktober 1804 (juristische Monatsschrift, Bd. I. S. 81) in der Rheinprovinz nicht verkündet worden ist;

Daß die Entscheidung der Sache demnach vorläufig und bis zur Erledigung der Vorfrage auszusetzen bleibt.

Aus diesen Gründen

gibt das Königl. Landgericht in erster Instanz sprechend, der fleißigern Partie auf, die Entscheidung der kompetenten administrativen Behörde darüber einzuholen: „ob die fraglichen in der Vorladungsurkunde bezeichneten Grundstücke zu einem schon jetzt eingetretenen unmittelbaren Bedürfnisse des Bergbaues nothwendig sind? oder ob sie nur zum Vertriebe, ohne unmittelbare Beziehung zu den Zwecken des Bergbaues an sich dienen sollen?“ und diese Entscheidung sodann nach vorgängiger Mittheilung an den Gegner vorzulegen, welchemnächst weiter ergehen soll, was Rechtens.

In Folge der hiergegen vom Königl. Oberbergamte zu Bonn eingelegte Berufung erging folgendes reformatorische

Urtheil:

J. E., daß jedem zu einem Bergbaue Berechtigten nach dem Art. 10 des Gesetzes über die Bergwerke vom 21. April 1810 die Befugniß zusteht, zu fordern, daß binnen den nach Anleitung des Art. 29 durch die Verleihung angewiesenen Grenzen das zu dem Betriebe und der Bearbeitung der Bergwerke nothwendige Grundeigenthum mit der im Artikel 11 enthaltenen Einschränkung gegen die in den Art. 43 und 44 bestimmte Vergütigung ihm überlassen werde;

Daß das Bergamt, unter welchem der zu einem Bergbaue verliehene Bezirk gelegen ist, zunächst die zu der Leitung dieses Bergbaues eingesetzte Verwaltungsbehörde ist, welche den Beruf hat, über die Nothwendigkeit der Anlagen, die der Bergbau erfordert, und der Grundstücke, deren diese Anlagen bedürfen, zu erkennen, und den Eigenthümern dieser Grundstücke, wenn sie sich dadurch beschwert zu seyn glauben, nichts übrig bleibt, als ihre Beschwerden bei den Verwaltungsbehörden anzubringen, welche dem betreffenden Bergamte vorgesetzt sind;

Daß hiemit die §§ 13 u. 19 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 übereinstimmen;

Daß hingegen den Gerichten über die Nothwendigkeit dieser Anlagen und der dazu erforderten Grundstücke keine Erkenntniß zusteht.

Daß in gegenwärtigem Falle das Bergamt des Bezirks die Nothwendigkeit eines Haldenplatzes für den tiefen Saarstollen bei der Kohlwaage und des sich dazu eignenden und in dem Antrage des appellantischen Oberbergamtes näher bezeichneten Grundeigenthums erkannt hat, ohne daß die Appellaten sich mit einer Beschwerde dagegen bei einer vorgesetzten höhern Verwaltungsbehörde vorgesehen haben; mithin sie nicht vermeiden können, dieses Grundeigenthum dem in dem Bezirke zum Steinkohlen-Bergbaue berechtigten Staate zu einem Haldenplatze für den tiefen Saarstollen bei der Kohlwaage gegen die gesetzliche Vergütiguug zu überlassen;

Daß die Frage, welche Vergütigung den Appellaten gebühre, ein gemeines Privatinteresse, und reine Vermögensrechte zum Gegenstande hat; und also der Erkenntniß der Gerichte nicht entzogen werden darf;

Daß durch diese Entscheidung der subsidiarische Antrag der Appellaten seine Erledigung findet.

Aus diesen Gründen

erkennt der Rh. A. G. H. für Recht, daß das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 22. August 1837 abzuändern sey, ändert dasselbe ab, erklärt an dessen Statt erkennend die Appellaten schuldig, das in dem Antrage des appellantischen Oberbergamtes beschriebene Grundeigenthum dem Staate zu einem Haldenplatze für den tiefen Saar-

stoller bei der Kohlwaage gegen die gesetzliche Vergütigung zu überlassen, verweiset die Sache zur Feststellung dieser Vergütigung an das Königl. Landgericht zu Saarbrücken zurück, verurtheilt die Appellaten in die Kosten dieser und voriger Instanz und verordnet die Rückgabe der Geldbuße.

I. Senat. Sitzung vom 30. April 1838.

Advokaten: Schöler — Müller.

Minderjährige. — Legalhypothek. — Reductionsklage.

Kann der Vormund eine Reduction der zu Gunsten der Minderjährigen gegen ihn ganz allgemein in Ansehung der Verwaltung genommenen Hypothekar-Inscription auf eine bestimmte Summe verlangen?

Gerhards — Gerhards.

Die Wittwe Gerhards belangte den Nebenvormund ihrer minderjährigen Kinder, welcher unterm 11. April 1836 eine Inscription der diesen Minderjährigen an dem Vermögen ihrer Mutter und Hauptvormünderin in Ansehung der Vormundschaftsführung zustehenden Legalhypothek hatte bewirken lassen, vor das Königl. Landgericht zu Elberfeld, um diese für eine völlig unbestimmte Summe genommene Eintragung auf den Betrag von 376 Thlr. 21 Sgr. 10 Pf. eventualiter 691 Thlr. 9 Sgr. 3 Pf. reduziren zu hören.

Auf die Einrede des Beklagten, daß eine solche Reduction gesetzlich unzulässig sey, wies das Königl. Landgericht durch Urtheil vom 23. Mai 1837 die Klägerin mit der von ihr erhobenen Klage ab, aus folgenden Motiven:

J. E., daß abgesehen davon, ob überhaupt der Betrag des gegenwärtigen Vermögens der Minderjährigen allein den Maßstab zur Beschränkung der auf den Gütern des Vormunds haftenden gesetzlichen Hypothek abgeben könne, diese Hypothek, welche nach Art. 2122 u. 2135 des B. G. B. unabhängig von aller Eintragung auf allen, auch den zukünftigen Gütern des Vormunds haftet, in der Regel nach allen Seiten hin ganz unbeschränkt seyn soll; daß daher eine Beschränkung jeglicher Art als Ausnahme von der Regel, besonders vom Gesetze gebilligt seyn müßte, um für zulässig erklärt zu werden;

Daß nun vor Allem eine gesetzliche Vorschrift, welche die Beschränkung der gesetzlichen Hypotheken auf eine bestimmte Summe ausdrücklich gestattet, nicht existirt; daß auch die Dispositionen des Art. 2163 u. flg. a. a. O. nur auf konventionelle, jedenfalls aber nicht auf die gesetzlichen Hypotheken zu Gunsten der Minderjährigen und der Ehefrau zu beziehen sind; daß nämlich in dem ersten Artikel nicht nur eines der Hypothek zum Grunde liegenden Vertrages Erwähnung geschieht, sondern auch ausdrücklich vorausgesetzt wird, daß die zu reduzirende Eintragung bedingter oder ihrem Werthe nach unbestimmter Forderungen nach einer von dem Gläubiger gemachten Schätzung, also mit Angabe einer bestimmten Summe bereits geschehen sey; daß diese Voraussetzung, welche nach Art. 2132 a. a. O. allerdings bei konventionellen Hypotheken für Forderungen dieser Art immer eintritt, bei den gedachten gesetzlichen Hypotheken nicht vorhanden ist, deren, nur der Publicität wegen, vorgeschriebene Eintragung im obigen Falle nach Art. 2135 Nro. 3. a. a. O. auch ohne Schätzung der Forderungen erfolgen kann; daß endlich der Art. 2140 a. a. O. zwar eine Beschränkung der gesetzlichen Hypotheken zuläßt, jedoch ausdrücklich nur in Ansehung der Grundstücke auf denen sie haftet, und daß grade, weil der Gesetzgeber diese einzige Art der Beschränkung besonders heraushebt und dabei der Beschränkung der Hypothek in Ansehung der Forderung nicht gedenkt, angenommen werden muß, daß die Regel in dieser Hinsicht niemals eine Ausnahme finden soll; daß hiernach der Antrag der Klägerin die zu Gunsten ihrer minderjährigen Kinder bestehende und in Ansehung der Summe unbestimmte Eintragung auf die Summe von 376 Thlr. 21 Sgr. 10 Pf., als den Betrag des gegenwärtigen Vermögens derselben zu reduziren, unbegründet ist.

Die Klägerin ergriff gegen dieses Urtheil die Berufung, und suchte dieselbe durch folgende Momente zu begründen:

Das Motiv, welches den Gesetzgeber bei der Materie über die Reduction der Hypotheken geleitet, sey in den Art. 2143, 2161 und 2164 des B. G. B. ausdrücklich ausgesprochen:

> «concilier les droits vraisamblables du créancier avec l'interêt du crédit raisonnable à conserver au debiteur.»

Die Zulässigkeit der Reduction im Allgemeinen könne also nicht bezweifelt werden; und es sey kein Grund vorhanden oder nachzuweisen, daß die gesetzlichen Hypotheken von dieser Reduction ausgeschlossen seyn müßten, oder daß bei gesetzlichen Hypotheken nur eine Reduction auf bestimmte Grundstücke Statt haben dürfe.

Vielmehr müsse nach der Natur der Sache und nach Analogie der Art. 2161 u. 2141 — 2143 des B. G. B. für die Inscription einer Hypothek auch eine Einschränkung auf eine bestimmte Summe gefordert werden können, denn eine Reduction bei Conventionalhypotheken gehe gegen den Vertrag oder doch über die Vertragsbestimmungen hinaus. Um so mehr müsse der Richter die Befugniß der Reduction bei gesetzlichen Hypotheken haben, da hier kein Vertragsrecht angetastet werde.

Die Reduction auf bestimmmte Immobilien enthalte eine größere Begünstigung des Schuldners und eine größere Möglichkeit der Gefährdung der Rechte und der Sicherheit des Gläubigers, als eine Reduction auf eine bestimmte Summe; indem die Letztere ja nach Art. 2164 des B. G. B. in der Folge aufgehoben und die Inscription für eine höhere Summe genommen werden könne, hiernach also die Sicherheit des Gläubigers und insbesondere in Folge der Allerhöchsten Kabinetsordre vom 18. Dezember 1836 die Sicherheit des Mündel eigentlich gar nicht gefährdet sey. Wohingegen die gültig geschehene Einschränkung auf bestimmte Immobilien niemals gegen den Willen des Schuldners aufgehoben werden dürfe.

Würde der Gesetzgeber die Hypothek des Minderjährigen von der Reduction auf eine bestimmte Summe haben ausschließen oder eine solche nicht gestatten wollen; so hätte dies ausdrücklich geschehen müssen, wie es bei der Verfügung des Art. 2161 à linea 1 in Ansehung der Conventionalhypotheken der Fall sey.

Uebrigens sey die Vorschrift des Art. 2163 l. c. ganz allgemein, und müsse also auch auf die Legalhypotheken anwendbar seyn.

Der Umstand, daß dieser Artikel von einer Evaluation und Convention rede, berechtige nicht zu der Annahme, daß derselbe bloß auf Conventional- und nicht auch auf Legalhypotheken überhaupt Anwendung habe. Denn nach Ar-

tikel 2153 Nro 3. l. c. sey ja auch eine Evaluation bei der geschehenen Inscription einer gesetzliche Hypothek denkbar; und es könne nicht bezweifelt werden, daß der Ehemann in Hinsicht der seiner Ehefrau aus den Ehepakten gesetzlich zustehenden Hypothek eine Reduction auf eine bestimmte Summe fordern könne.

Der A. G. H. conformirte jedoch das erste Urtheil durch folgendes Erkenntniß:

J. E., daß die gesetzliche Hypothek der Minderjährigen gegen ihren Vormund alle Güter, des Letztern umfaßt, und der Gegenvormund nach dem Art. 2137 des B. G. B. unter persönlicher Verantwortung verpflichtet ist, diese Hypothek auf die Güter des Vormundes, in Bezug auf dessen Verwaltung, einschreiben zu lassen;

Daß aber, weil diese Hypothek für die ganze Verwaltung des Vormundes besteht, und das Vermögen der Minderjährigen eines Zuwachses eben so gut als einer Verminderung unterworfen ist, eine zum Voraus bestimmte Summe als alleinige Maßgabe der Hypothek und der Einschreibung derselben nicht angenommen werden kann;

Daß zwar, bei der Bestellung eines Vormundes die Verwandten der Minderjährigen in dem Familienrathe bestimmen können, daß die, an und für sich dem Betrage nach unbestimmte Hypothek nur auf gewisse, als hinreichend anerkannte Grundstücke des Vormunds eingeschrieben werden soll; und eben so, wenn eine solche vorsorgliche Verfügung nicht getroffen worden, die Beschränkung der Hypothek auf bestimmte Grundstücke gefordert werden kann; (Art. 2141 u. 2143 des B. G. B.)

Daß aber diese für die gesetzliche Hypothek der Minderjährigen bestehenden speziellen Verfügungen nirgend gestatten, eine ein für allemal bestimmte Summe, als einzige Grundlage jener Hypothek anzunehmen und festzustellen;

Daß auch die in den Art. 2161 u. flg. des B. G. B. enthaltenen Bestimmungen eine solche Reduction der eventuellen Forderungen der Minderjährigen, wie sie von der Appellantin beantragt worden, nicht gestatten; und daher das Königl. Landgericht dieselbe mit der Klage, sowie sie durch die Ladung vom 28. Januar 1837 angestellt war, mit Recht abgewiesen hat.

Aus diesen Gründen
verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. L. G. zu Elberfeld vom 23. Mai 1837 eingelegte Berunfung, und verurtheilt die Appellantin in die gesetzliche Geldbuße und in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 1. Mai 1838.

Advokaten: Maus — Schöler.

Bezeichnung eines Curators — Berufung.

Die Bezeichnung der Person, welche einem Prodigus als Curator beigegeben werden soll, geschieht nicht kontradiktorisch zwischen den Parteien, und kann eine solche Bezeichnung nur bei dem ernennenden Richter, keineswegs aber durch Berufung angegriffen werden.

Kohl — Boos.

Der zum Armenrechte belassene Philipp Kohl legte die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 10. Juli 1837, wodurch ihm die Vermögensverwaltung entzogen und N. N. ihm zum Curator bestellt worden, aus dem Grunde ein, „weil N. N. sich zu diesem Amte nicht eigne.“

Der A. G. H. erließ hierauf folgendes

Urtheil:

J. E., daß das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 10. Juli 1837 eine Entscheidung zwischen dem Appellanten uud dem Appellaten nur in so fern enthält, als es unter Verwerfung der Interdictionsklage den erstern für unfähig erklärt, die in dem Art. 499 des B. G. B. angegebenen Rechte und Handlungen ohne Assistenz eines Curators vorzunehmen; daß dagegen die Bezeichnung der Person, welche dem Appellanten als Curator dienen soll, keine Entscheidung zwischen den Parteien, sondern eine von Amtswegen erlassene, dem Rechte des Appellaten durchaus fremde, Verfügung darstellt;

Daß daher dieser Theil des Urtheils a quo nicht durch eine gegen den Appellaten gerichtete Berufung angefochten werden kann; daß es vielmehr dem Appellanten überlassen werden muß, die Ernennung eines andern Beistandes an

die Stelle des zugeordneten bei dem ersten Richter in dem geeigneten Wege nachzusuchen.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rhein. A. G. H. die von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 10. Juli 1837 eingelegte Berufung für unannehmbar.

I. Senat. Sitzung vom 4. April 1838.

Advokat des Appellanten: von Hontheim.

Subhastation. — Dritter. — Besitz. — Ungültigkeitsklage.

Ist ein Dritter, welcher in dem Subhastations-Verfahren gar nicht aufgetreten, nach Beendigung dieses Verfahrens befugt, gegen den Extrahenten und den Adjudikaten Klage auf Vernichtigung der Subhastation aus dem Grunde anzustellen, weil der subhastirte Gegenstand zum Theil sein Eigenthum sey?

Ist diese Klage selbst dann statthaft, wenn der Kläger sich im Besitze des subhastirten Gegenstandes befindet? *)

Dalmus — Engels.

Auf den Antrag der Wittwe und Erben des zu Siegburg verlebten Handelsmannes Josue Abraham wurden gegen den Ackersmann Anton Dalmus zu Troisdorf bei dem Königl. Friedensgerichte zu Siegburg mehrere Immobilien subhastirt und in dem Lizitationstermine vom 14. Dezember 1836 dem Advokaten Hermann Engels daselbst als Meistbietenden zugeschlagen.

Die Ehefrau des Subhastaten, behauptend, daß ein Theil dieser Grundstücke und zwar die in dem Subhastationspatente mit den Nummern 1 bis 5 inclus., 9 bis 12 inclus., 15, 17 bis 21 inclus. und 23 bezeichneten, ihr ausschließliches Eigenthum seyen, und daher weder ohne ihre Einwilligung von ihrem Manne hätten verpfändet, noch gegen denselben hätten subhastirt werden dürfen, stellte durch Vorladungsact vom 10. Febr. 1837 gegen die Extrahenten

*) Vergl. Archiv, Bd. XXVI. Abth. 1 S. 7.

des Subhastations-Verfahrens und gegen den Advokat Engels zugleich als Ansteigerer der fraglichen Immobilien Klage auf Anerkennung dieses Eigenthumsrechtes und dahin an, daß in Folge dessen der Zwangsverkauf derselben, soviel die Klägerin anbelange, als ungültig und unwirksam erklärt werden möge.

Die Beklagten trugen dahin an:

Diese Klage als unstatthaft oder als zu voreilig zu verwerfen; indem dieselbe als Vindikationsklage den Besitz auf Seiten der Beklagten unterstelle, der Adjudikationsbescheid aber noch zur Zeit nicht in Vollzug gesetzt worden sey.

Das Königl. Landgericht zu Köln erkannte durch folgendes Urtheil vom 29. April 1837 nach dem Antrage der Beklagten:

J. E., daß die von der Ehefrau Dalmus, geborne Klein, angestellte Klage dahin geht, daß die auf Betreiben der Verklagten gegen den Ehemann der Klägerin Statt gehabte Subhastation in so fern ungültig erklärt werde, als darin 16, in der Vorladung und dem Antrage näher bezeichnete, der Klägerin angeblich zugehörige Grundstücke begriffen worden sind;

Daß diese Klage, als eine rei vindicatio betrachtet, nicht Statt finden kann, indem eine solche Klage immer gegen den Besitzer der Sache gerichtet seyn muß; die Klägerin jedoch selbst sich fortwährend im Besitze und Genusse der vorerwähnten Grundstücke befindet;

Daß der Klägerin die Befugniß auf Nichtigkeits-Erklärung der Subhastation zu klagen, ebenfalls nicht zustehen kann, indem sie dabei nicht betheiligt gewesen, dieselbe ihr daher keinen Nachtheil bringen, und sie folglich kein Interesse mithin auch keine Befugniß haben kann, auf Ungültigkeit derselben zu klagen;

Daß die Subhastations-Ordnung zwar gestattet, Eigenthumsansprüche im Lizitationstermine anzumelden, die Klägerin jedoch dieser ihr gesetzlich gestatteten Befugniß sich nicht bedient hat, und nunmehr abwarten muß, ob der Subhastant den Besitz und das Eigenthum der fraglichen Grundstücke in Anspruch nehmen wird;

Daß die Klägerin eine desfallsige Verjährung ihrer Rechte nicht zu befürchten hat, so lange sie im Besitze der Grundstücke bleibt.

In Folge der von der Ehefrau Dalmus eingelegten Berufung erkannte der Königl. Rhein. A. G. H. reformatorisch wie folgt:

J. E., daß in dem Begriffe des Eigenthums das Recht des Eigenthümers liegt, jeden Dritten von dem Gebrauche und von der Verfügung über den Gegenstand seines Eigenthums auszuschließen, daß also der Eigenthümer in diesem seinem Rechte verletzt ist, sobald ein Dritter sich eine solche Verfügung erlaubt, daß aber ein Klagerecht vorhanden ist, sobald eine Rechtsverletzung nachgewiesen ist;

Daß Verpfändung und Verkauf eines fremden Grundstückes unstreitig zu den stärksten Eingriffen in fremdes Eigenthum gehören, und von selbst den Maßstab für das Interesse des Eigenthümers an die Hand geben, richterlichen Schutz nachzusuchen; daß namentlich dieses Interesse in dem Falle eines Verkaufs darin besteht, den einem Dritten gegebenen Eigenthumstitel zu vernichten, der unter Umständen, z. B. beim Hinzukommen des Besitzes den Eigenthümer in die Gefahr bringen kann, sein ganzes Recht an der Sache in kürzerer Zeit zu verlieren, als dies außerdem gesetzlich der Fall seyn könnte.

J. E., daß die Appellantin behauptet, sich in dem Falle zu befinden, daß mehrere ihrer Immobilien nicht nur verpfändet, sondern auch wirklich im Wege der Subhastation verkauft worden seyen; daß also ihr Interesse, obschon sie zu dem Subhastationsverfahren nicht zugezogen worden, eben so einleuchtend als ihre Klage statthaft ist;

Daß eine Vindikationsklage allerdings zwar den Verlust des Besitzes voraussetzt und die Appellantin in letzterem sich noch befindet, daß sie aber eine Vindikationsklage nicht angestellt, sondern nur darauf angetragen hat, sie für die Eigenthümerin jener Grundstücke und den Statt gehabten Verkauf derselben für ungültig zu erklären.

J. E., daß die Statthaftigkeit einer solchen Klage überdem in den Bestimmungen der §§ 20 u. 30. der Subhastations-Ordnung ausdrückliche Bestätigung findet, indem in jenem ersten Gesetze das Verfahren für den Fall bestimmt ist, daß ein Dritter Ansprüche auf die in Beschlag genommene Immobilien zu haben behaupte, und diese schon vor dem Verkaufe geltend machen und sich dem Verkaufe widersetzen wolle, woraus von selbst folgt, daß er diese Ansprüche auch

nach dem Verkaufe geltend machen könne, in dem § 30. aber ihm sogar zur Pflicht gemacht wird, dies binnen sehr kurzer Frist bei Verlust seiner Ansprüche zu thun, wenn er diese bereits angemeldet hatte.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kön. Landgerichts zu Köln vom 29. April 1837, erklärt die Klage der Appellantin für statthaft, gibt den Appellaten auf, sich auf dieselbe einzulassen, verweiset zu dem Ende die Parteien an das genannte Landgericht, jedoch vor eine andere Kammer desselben zurück, u. s. w.

III. Senat. Sitzung vom 27. April 1838.

Advokaten: Bauerband — Maus.

Polizeiverwaltung.

Die Unkosten, welche durch die Ausführung einer polizeilichen Maßregel verursacht werden, können von der Verwaltugsbehörde durch Zahlungsbefehl und Beschlagnahme eingezogen werden.

Art. 19 u. 26 des Ressortreglem. v. 20. Juli 1818.

Dugro — die Gemeindekasse zu Saarburg.

Nachdem der Metzger und Wirth Georg Dugro zu Saarburg von der Polizeibehörde vergeblich aufgefordert worden, eine von ihm in der Stadt Saarburg erbaute Nothscheune wegzuschaffen, wurde selbige auf polizeiliche Anordnung niedergerissen. Für die hierdurch veranlaßte Ausgabe stellte die Steuerkasse zu Saarburg am 28. August 1837 einen Zahlungsbefehl wider Dugro aus, welcher am 4. Oktober selbigen Jahrs von dem dasigen Königl. Landrathe exekutorisch erklärt und sodann wider den Dugro in Vollzug gesetzt wurde, wogegen Dugro Einspruch machte, darauf gegründet, daß der Zwangsbefehl nicht mitzugestellt so wie auch, daß die Exekution durch einen Steuerboten und nicht durch einen Gerichtsvollzieher vollzogen worden sey.

Durch Urtheil vom 29. Januar 1838 erklärte das Kön. Landgericht zu Trier sich für inkompetent auf diese Opposition zu erkennen, indem das Gericht folgendes erwog:

J. E., daß der Zahlungsbefehl und die Beschlagnahme vom 11. Oktober 1837 die Ausführung einer polizeilichen

Maßregel zum Gegenstande hat, welche die hiesige Königl. Regierung mittelst des den 4. Mai 1837 an die landräthliche Behörde zu Saarburg erlassenen Rescripts beschlossen hatte;

Daß die Verwaltung der Polizei zum alleinigen Ressort der Regierung gehört, und dieser Behörde daher auch die Ausführung der polizeilichen Gesetze überlassen worden ist. Art. 26 des Kompetenzreglements vom 20. Juli 1818.

Daß demgemäß weder von den Verfügungen, welche die Regierungen als obere Polizeibehörden erlassen haben, noch wegen der Art und Weise, auf welche dergleichen Verfügungen vollstreckt werden, ein Rekurs an die Gerichte für zulässig zu erachten ist.

Dugro legte Berufung an den Königl. Rh. Appellations-Gerichtshof ein.

Die Gemeinde, sagte er, nimmt eine persönliche Forderung von 8 Thlr. ohne Recht und ohne Titel in Anspruch und über solche Forderungen hatte nur das Friedensgericht zu erkennen.

Uebrigens darf keine Exekution anders, als durch einen Gerichtsvollzieher und in Folge eines exekutorischen Titels vorgenommen werden, es sey denn für Steuern oder nach dem Steuerfuß vertheilten Gefälle; jedenfalls (Art. 583 der B. P. O.) muß mit der Zahlungsaufforderung eine Abschrift des exekutorischen Titels zugestellt werden, was nicht geschehen, auch nicht geschehen konnte, weil auch ein solcher gegen mich Appellanten nicht besteht.

Der erste Richter hat irrthümlich angenommen, daß die Beschlagnahme, wovon Rede, die Ausführung einer polizeilichen Maßregel zum Gegenstand habe, weil die Forderung von 8 Thlr. für das Abreißen einer Nothscheune gemacht wird, und das Rescript der Königl. Regierung, welches die Einziehung jenes Betrages verfügt, auf keine Art mitgetheilt worden. Wenn aber auch die Anordnung polizeilicher Maßregeln im allgemeinen zum Ressort der Regierungen gehört (Art. 26 des Ressortregl.), so gehört die Frage, ob eine Kontravention gegen eine polizeiliche Verordnung vorhanden oder nicht, doch einzig und allein zum Ressort der Gerichte (Art. 27 daselbst); der Richter a quo hat aber um so mehr die zuletzt bezogene Gesetzesstelle verletzt, als, sich Appellant, durch ein förmliches Erkenntniß des Polizeigerichts von der mir zur Last

gelegten Polizeikontravention freigesprochen worden, und diese Sache noch am Revisionshofe schwebend ist.

Der Königl. Rhein. Appellationsgerichtshof verwarf die Berufung wie folgt:

J. E., daß die Inkompetenz des Königl. Landgerichts zu Trier in der vorliegenden Sache aus den Bestimmungen der §§ 26 u. 19 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 sich ergibt und daher die Berufung gegen das Urtheil a quo sich als unbegründet darstellt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 29. Junuar d. J. eingelegte Berufung u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 30. April 1838.

Advokaten: Müller — Best.

Prozeßverjährung. — Zeitfrist.

Binnen welcher Zeitfrist die bei dem Reichskammergerichte anhängig gewesenen Prozesse verjähren und zwar sowohl nach älterm als neuerm Rechte.

Wittwe Schnar — Herzog von Aremberg und von Waldbott Bassenheim.

J. E., daß nach der Const. ult. C. de praescription 30, vel. 40 ann. jeder bei einem Gerichte anhängige Rechtsstreit, welcher während eines Zeitraumes von mehr als 40 Jahren nicht fortgesetzt wurde, und diese ganze Zeit über liegen geblieben war, der Verjährung unterworfen ist;

Daß das Kaiserliche und Reichskammergericht angewiesen war, in allen Fällen, über welche die Reichsgesetze keine besondern Verfügungen enthielten, nach dem gemeinen Rechte sich zu richten, und daß keine solche Bestimmung nachgewiesen ist, wodurch die Anwendbarkeit der Const. ult. C. de praes. 30, vel. 40 ann. für die beim Kammergerichte schwebenden Prozesse ausgeschlossen worden ist;

Daß zwar dies hohe Reichsgericht früher die Anwendung jenes Gesetzes verschiedlich verweigerte, und an dasselbe sich nicht gebunden glaubte, jedoch gegen Ende des vorigen

Jahrhunderts bekanntlich von seinem Irrthum zurückkam, und die Verjährung annahm;

Daß demnach, da die Klägerin in ihrer Vorladung auf Reassumtion vom 12. und 21. April 1837 selbst zugibt, daß diese Sache am Reichskammergerichte seit 1703, also seit einem Zeitraume von 134 Jahren, auf sich erliegen blieb, die vorgebrachte Einrede der Verjährung nach der ofterwähnten Const. ult. C. de praescript. 30 vel. 40 annorum unbedenklich gegründet ist;

Daß diese Einrede aber auch außerdem, und abgesehen von den Bestimmungen des gemeinen Rechts, in den Artikeln 2262 u. 2281 des Rh. B. G. B. nach welchen alle Klagen, ohne Unterschied, sich in 30 Jahren verjähren, und die bei der Publikation dieses Gesetzbuchs angefangenen Verjährungen zwar nach den alten Gesetzen regulirt werden sollen, jedoch nach dem Ablauf von 30 Jahren ihre Vollendung erhalten, obgleich nach den alten Gesetzen mehr als 30 Jahre hierzu erforderlich waren, eine neue unwiderlegbare Begründung findet, indem die in Rede stehende Verjährung bei der Publikation dieses Gesetzbuchs schon im Laufe war, und seit der Publikation (1804) bis zur Vorladung (1837) mehr als 30 Jahre verstrichen waren.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rh. A. G. H. die durch die Vorladungen vom 12. und 21. April 1837 reassumirte Klage für verjährt, weist die Klägerin damit ab u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 26. April 1838.

Advokaten: Holthoff — Müller.

Vakanter Nachlaß. — Kurator — Verjährung.

Ist der Kurator eines vakanten Nachlasses befugt, einem Gläubiger dieses Nachlasses die Verjährungseinrede entgegenzusetzen?

Heusch — Müller und v. Rath.

Im Wege der Berufung wurde behauptet, daß der Kurator eines vakanten Nachlasses zur Einrede der Verjährung gegen einen Gläubiger dieses Nachlasses nicht qualifizirt sey.

Diese Behauptung ist jedoch vom Rh. A. G. H. gemißbilligt worden aus folgenden Motiven:

J. E., daß der Art. 813 des B. G. B. unter den Rechten und Pflichten des Kurators eines vakanten Nachlasses die Verfolgung und Vertheidigung der Rechte dieses Nachlasses als einer juristischen Einheit im Wege der Klage oder Einrede ausdrücklich nennt;

Daß eine Ausnahme von dieser Regel hinsichtlich der Verjährung weder aus der Natur der Sache noch aus Artikel 2258 des B. G. B. oder irgend einer andern gesetzlichen Bestimmung auf eine haltbare Weise sich herleiten läßt;

Daß der von den Appellanten für sich angerufene Artikel 2258 auch ihre Behauptung, als könne nach eingetretener Vakanz einer Hinterlassenschaft eine Verjährung von Forderungen an dieselbe überhaupt nicht mehr laufen, noch zur Sprache gebracht werden, vielmehr widerlegt, als bestätigt, indem der Schlußsatz dieses Artikels offenbar nur verhüten will, daß die darin zu Gunsten des Benefiziar-Erben aus speziellen Motiven für seine Person ausgesprochene Ausnahme vom Laufe der Verjährung gegen die Erbmasse auf die Verjährung gegen einen vakanten Nachlaß angewendet werde, hinsichtlich einer Verjährung solcher Art, also das Prinzip festhält, wornach eine Nachlaßmasse die Person als Subject von Rechten und Verbindlichkeiten vertritt, welches hinsichtlich der Verjährung für einen vakanten Nachlaß an dieser Stelle in Erinnerung zu bringen nicht die entfernteste Veranlassung vorlag.

II. Senat. Sitzung vom 3. Mai 1838.

Advokaten: Best — Stupp — Schöler.

Simulation. — Actio pauliana. — Provocatio ad agendum.

Der Gläubiger kann die zwischen seinem Schuldner und einem Dritten abgeschlossenen Verträge mit einer gegen Letztern angestellten Hauptklage ex capite doli oder simulationis nur dann anfechten, wenn ihm in Verfolgung seiner Rechte ein solcher Act entgegengesetzt wird.

Auch muß er die Klage zugleich gegen den angeblichen Schuldner anstellen.

van den Driesch — Packenius.

Der Advokat-Anwalt Packenius belangte als angeblicher Gläubiger des Jakob van den Driesch den Franz van den Driesch vor das Königl. Landgericht zu Aachen mit einer Klage auf Reszision verschiedener über einige Immobilien zwischen dem Beklagten und dem Schuldner des Klägers abgeschlossenen Verträge, behauptend, daß diese Verträge simulirt und in fraudem creditorum abgeschlossen seyen.

Durch Contumazialurtheil vom 27. Juni 1837 erklärte das Königl. Landgericht diese Verträge für simulirt und aufgelößt, und erkannte demzufolge dem Beklagten das Eigenthum der in denselben näher beschriebenen Grundstücke ab.

Beklagter legte die Berufung gegen dieses Urtheil ein.

Er contestirte die Statthaftigkeit der Klage und stellte unter Andern die Behauptung auf, die Klage enthalte eine provocatio ad agendum und sey jedenfalls ungegründet, indem diese Verträge weder simulirt noch in fraudem creditorum abgeschlossen seyen.

Der Königl. Rh. Appellationsgerichtshof erließ hierauf folgendes reformatorische Erkenntniß.

J. E., daß der Prozeß, in welchem Appellant dem Appellaten die Verträge vom 9. und 26. August 1834 entgegengesetzt hat, rechtskräftig entschieden und von dem Acte vom 12. Januar 1835 dem Appellaten gegenüber noch kein Gebrauch gemacht worden ist;

Daß aber nicht schon die bloße Abschließung eines Vertrages zwischen dem Schuldner und einem Dritten eine Handlung ist, welche den Gläubiger in seinen Rechten verletzt, sondern daß eine Beeinträchtigung derselben erst dann als wirklich vorhanden betrachtet werden kann, wenn dem in Verfolgung seiner Rechte begriffenen Gläubiger der Act als ein Hinderniß entgegengestellt wird;

Daß überdies die Frage, ob ein zwischen einem Schuldner und einem Dritten geschlossener Vertrag, als die Rechte eines Gläubigers beeinträchtigend, zu vernichten sey, ohne Zuziehung des dabei wesentlich interessirten Schuldners um so weniger entschieden werden kann, als die Befugniß zur Anstellung der Klage und zur Fortsetzung des Prozesses in der Person des Klägers die Fortdauer der Eigenschaft eines Gläubigers voraussetzt, welche anzuerkennen oder zu bestrei-

ten der Dritte weder befugt noch verpflichtet ist; daß daher auch das ohne Zuziehung des Schulners erlassene Urtheil diesem gegenüber wirkungslos seyn würde; daß aber die Klage gegen den Appellanten allein und nicht zugleich gegen den angeblichen Schuldner des Appellaten, den Jakob van den Driesch, angestellt worden ist.

Aus diesen Gründen

weiset der Königl. Rh. A. G. H., unter Reformation des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 27. Juni 1837 die unter dem 18. Juli 1836 erhobene Klage auf Auflösung der zwischen dem Appellanten und Jakob van den Driesch am 9. und 26. August 1834 und 12. Januar 1835 über mehrere Grundstücke eingegangenen Verträge, als simulirt und in fraudem creditorum geschlossen, so wie auf Aberkennung des Eigenthumes des Appellanten an den fraglichen Grundstücken, zur Zeit und so wie sie angestellt worden, ab.

I. Senat. Sitzung vom 1. Mai 1838.

Advokaten: Maus — Lautz.

Rente. — Weincrescenz. — Düngungsjahr. — Nichtlieferung. — Gebrauch. — Zeugenbeweis.

Bei Renten, bestehend in Entrichtung der halben Weincrescenz ist der frühere Gebrauch der Nichtlieferung der halben Crescenz in den Jahren der Düngung durch die neueren Gesetze nicht aufgehoben worden *).

Die Existenz dieses Gebrauchs kann dermalen noch durch Zeugen bewiesen werden.

Weckbecker — Stephany.

Als Besitzer des Dainsbergerhofes und Gütern daselbst schulden der Notar Stephany zu Gerolstein und dessen Consf. an den Gutsbesitzer Georg Weckbecker eine Grundrente, bestehend in der halben Weincrescenz. Im Jahr 1826 klagte Weckbecker auf Ablieferung dieser Rente ohne Abzug.

Beklagte wandten ein, daß sie in dem Jahre, wo die Weinberge gebessert oder gedüngt wurden, gemäß einem im sogenannten Erdverreiche bestehenden Gebrauche nicht verpflichtet seyen, die Rente abzuliefern. Ferner wollten sie

*) Vergl. Archiv, Bd. XVIII. Abthl. 1. S. 85 u. flg.

für den Kläger Auslagen für sogenannten Geding=Wein und sonst gemacht haben, die er ihnen erstatten müsse; und zuletzt verlangten sie den Abzug eines Fünftels wegen den Steuern zu machen dürfen.

Am 16. Januar 1837 erließ das Königl. Landgericht zu Trier ein Urtheil, dessen Dispositiv lautet wie folgt:

Aus diesen Gründen

läßt das Königl. Landgericht die Verklagten zu dem, auch durch Zeugen zu führenden Beweise darüber zu:

> daß im vormaligen Cröverreiche und namentlich zu Cröv selbst von je her und bis auf die gegenwärtige Zeit der Gebrauch allgemein beobachtet worden, daß von rentpflichtigen Weinbergen im Jahre ihrer Düngung die Rente nicht geliefert werde;

weist dagegen den Kläger mit seinem zweiten Klagepunkte schon dermalen als gesetzlich nicht gerechtfertigt ab, und erklärt ihn vielmehr dem Antrage der Verklagten gemäß für gehalten, sich von der jährlichen Rente $1/5$ als Grundsteuer=Beitrag abziehen zu lassen; gibt sodann den Parteien nähere Auslassung über die sonst vom Verklagten erstattet verlangten, für Kläger angeblich bestrittenen Auslagen auf, u. s. w.

Weckbecker ergriff das Rechtsmittel der Berufung, weil Appellaten nicht ohne Weiteres und ohne Gestattung eines Beweises verurtheilt worden. Auf einen frühern angeblichen Gebrauch, sagte er, könne es gar nicht ankommen, indem dem zum Grunde liegenden Kontracte gemäß Appellaten die Weinberge sogar bessern, d. h. düngen müßten, ohne deshalb einen Abzug vom Canon machen zu dürfen. Wenn aber auch der angebliche frühere Gebrauch bestanden, so hätte dieser doch durch die neuere Gesetzgebung aufgehört. Zudem sey der nachgelassene Beweis unzulässig, weil der Ausdruck „Gebrauch" einen Rechtsbegriff darstelle, und jedenfalls ein solcher Beweis nach Einführung des bürgerl. Gesetzbuchs durch Zeugen nicht geführt werden könne.

Eine fernere Beschwerde setzte Appellant darin, daß Appellaten nicht ohne weiteres zur Lieferung der geständlich schuldigen Rente angewiesen und eine fernere Verhandlung über die von ihnen erstattet verlangte angebliche Auslagen an Gedingwein verordnet worden sey, denn der Kontract besage, daß die Erbpächter den Wein dem Erbverpächter frei in die Fässer bringen müßten.

Der Appellationsgerichtshof verwarf die Berufung folgendermaßen:

J. E., daß im vorliegenden Falle die Rente nicht in einer bestimmten Summe oder Quantität, sondern in einem verhältnißmäßigen Antheile an dem Ertrage besteht, und in so fern eine Gemeinschaft Statt findet, in welcher die Nutzungen für beide Theile an gewisse Bedingungen geknüpft sind;

Daß es nicht Absicht des Gesetzgebers seyn konnte, diese Bedingungen eines höhern Ertrages, so wie sie früher bestanden, zum Nachtheile des Verpflichteten aufzuheben und dem Berechtigten dadurch einen höhern Ertrag zu gewähren, als er früher hatte;

Daß daher, wenn gleich in Folge der neuern Gesetze das Ober- und nützliche Eigenthum früherer lehnrühriger oder erbpächtiger Grundstücke in der Hand des nützlichen Eigenthümers consolidirt wurde, und dadurch die gewöhnlichen Unterhaltungs- und Culturkosten auf den letztern übergegangen sind, doch die besondern nach bisheriger Observanz beiden zur Last liegenden und fernerhin auch beiden zu Gute kommenden Verwendungen auch gemeinschaftlich bleiben müssen;

Daß der Verpflichtete im vorliegenden Falle die Düngung der Weinberge als eine solche besondere, gemeinschaftliche und durch Nichtlieferung der halben Crescenz in den Jahren der Düngung, — von dem Berechtigten vergütete Verwendung bezeichnet — und sich deshalb zum Beweise förmlich erboten hat;

Daß dieser Beweis zulässig ist und auch durch Zeugen geführt werden kann, da es sich von Thatsachen handelt, welche auch den, den Zeugenbeweis beschränkenden Gesetzen vorhergehen;

Daß gegen die Normirung dieses Beweises in dem Urtheil erster Instanz nichts zu erinnern ist, und es sich bei der Frage, ob derselbe geführt sey, zeigen wird, welche Thatsachen zur Feststellung des artikulirten Gebrauches vorliegen und an welche Bedingungen die Düngung und in deren Folge die Einbehaltung der halben Crescenz des betreffenden Jahres geknüpft ist;

Daß indessen bei der Erklärung des Appellanten: es sey der Weinberg in Jüngerst, wovon die halbe Crescenz pro 1834 zurückbehalten werde, erst nach dem Herbste gedüngt

worden, — dem Beweissatze noch hinzuzufügen ist: daß der Weinberg in Jüngerst für das Jahr 1834 wirklich gehörig gedüngt worden sey.

J. E. was den zweiten und dritten Gegenstand der Berufung betrifft, daß das angegriffene Urtheil in dieser Hinsicht offenbar rein präparatorisch, also für jetzt, durch Berufung nicht anzugreifen ist.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kön. Landgerichts zu Trier vom 16. Januar 1837 indem er dem Beweissatze noch den Beweispunkt hinzufügt, daß der Weinberg in Jüngerst nach vorheriger zeitiger Ankündigung gehörig gedüngt worden, verwirft im Uebrigen die gegen dieses Urtheil eingelegte Berufung unter Verordnung der Rückgabe der Succumbenzstrafe und unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten dieser Instanz.

II. Senat. Sitzung vom 28 April 1838.

Advokaten: Schöler — Bauerband.

Berufungsact. — Urtheil wovon. — Bezeichnung. — Datum.

Es genügt, daß das Urtheil, wovon appellirt ist, in dem Berufungsact sich in einer Art bezeichnet findet, daß über dessen Idendität kein Zweifel obwalten kann.

Insbesondere ist die Anführung des Datums des Urtheils wovon nicht wesentlich.

Föhr — Derhard und Cons.

J. E., was die dem Appellacte entgegengesetzte Nichtigkeitseinrede betrifft, daß das Gesetz überhaupt keine Regeln über die Bezeichnung des Urtheils, wovon appellirt worden, enthält, vielweniger die Anführung des Datums desselben als nothwendig erheischt, noch die Auslassung dieses Datums mit der Strafe der Nichtigkeit belegt;

Daß daher hier einzig und allein als Regel angenommen werden kann, daß das Urtheil so bezeichnet werden müßte, daß über dessen Idendität kein Zweifel obwalten könne;

Daß im gegenwärtigen Falle aber die Anführung des Gerichts, welches das Urtheil erlassen hat, und der Parteien unter welchen es erlassen worden, um so mehr als hinreichend angesehen werden muß, um die Appellaten außer Zweifel darüber zu stellen, von welchem Urtheile es sich handle, als außer dem Urtheil a quo kein anderes Urtheil zwischen ihnen und den Appellanten ergangen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen den Appellact erhobene Nichtigktitseinrede u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 3. Mai 1838.

Advokaten: Borchhardt — Holthoff.

Dienstboten. — Zeugen. — Reprochen.

Merkmale des Begriffs «Serviteurs et domestiques», welche gemäß Art. 283 der B. P. O. als Zeugen reprochirt werden können.

Geschwister Wittgens — Heinr. u. Jos. Wittgens.

J. E., daß wenn der Art. 283 der B. P. O. in Uebereinstimmung mit dem römischen Rechte frag. 6. ff. u. Const. 3. C. de testibus das Zeugniß der Dienstboten in Sachen ihrer Herrschaft für verdächtig hält, und deshalb gestattet, solche Zeugen zu reprochiren, der Grund davon in dem Abhängigkeitsverhältnisse, in welchem sich solche Personen gegen ihre Herrschaften befinden, und in der Autorität liegt, die dem Herrn gegen seinen Diener zur Seite steht;

Daß inzwischen diesem Verhältnisse nur die serviteurs et domestiques, wie sie der Art. 283 nennt, d. h. solche Individuen unterliegen, welche gegen einen bestimmten Lohn auf längere oder kürzere Zeit zur Bedienung der Person ihres Herrn, oder zur Verrichtung häuslicher Arbeiten und sonst vorkommenden Diensten ausschließlich verpflichtet sind, und somit ihrer Unabhängigkeit mehr oder weniger während ihrer Dienstzeit entbehren;

Daß dahingegen eine Person, die, ohne vertragsmäßig dazu verbunden zu seyn, gewisse und bestimmte Arbeiten und Leistungen für einen andern übernimmt, und sich ihren Taglohn in Geld, oder Kost, oder in sonstiger Art vergüten läßt, in deren Willkür es übrigens lediglich gegeben ist, den

Dienst zu verrichten oder zu verweigern, in dem von dem Gesetzgeber unterstellten Abhängigkeits-Verhältnisse sich nicht befindet;

Daß also der als Zeuge produzirte Wilhelm Mohr, welcher nach seiner eidlicher Erklärung zwar häufig als Taglöhner bei den Appellaten arbeitet, und dafür Kost und Taglohn erhält, bei denselben aber nicht wohnet, und in keinem Dienstverhältnisse zu denselben stehet, von dem selbst die Appellanten weder ein absolut abhängiges Dienstverhältniß noch den Umstand, daß er bei den Appellaten und zwar auf deren Kosten gegessen und getrunken habe, behaupten, zur Kategorie der in dem Art. 283 der B. P. O. bezeichneten Serviteurs et domestiques nicht gehört, und daß selbst die von den Appellaten in ihrem Subsidiar-Antrage aufgestellte Thatsache *), wenn sie auch erwiesen wäre, die gegen den sogenannten Zeugen vorgebrachte Reproche nicht rechtfertigen würde, indem daraus auf ein eigentliches Dienstverhältniß des Zeugen nicht geschlossen werden könnte, und es nicht darauf ankommt, wie oft der Zeuge bei den Appellaten gegessen und getrunken habe, wenn nicht zugleich feststeht, daß es auf deren Kosten geschehen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. ohne Berücksichtigung des Subsidiar-Antrages der Appellanten, die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 26. Juli 1837 eingelegte Berufung.

II. Senat. Sitzung vom 11. Mai 1838.

Advokaten: Stupp — Müller.

Fabrikzeichen. — Nachmachung.

Zu einer verbotenen Nachmachung von Fabrikzeizeichen ist nicht erforlich, daß die Nachmachung in allen Theilen übereinstimmend sey.

*) Darin bestehend, daß der Zeuge fortwährend im verflossenen Winter, so wie auch noch vor dessen Vernehmung bei den Verklagten gegessen und getrunken, und für dieselben gearbeitet, unter andern auch die Verrichtungen als Brandweinbrenner und Stallknecht bei denselben versehen, und auch meistens im Hause der Verklagten geschlafen habe.

Kohnen — Ritzefeld.

J. E., daß der Appellat zur Begründung seiner Klage anführt, der Appellant habe sich einer roth gedruckten Vignette auf den von ihm fabrizirten Tabacken die Worte enthaltend:

> „Diese und mehrere Sorten Rauchtaback werden fabrizirt von Johann Wilhelm Ritzefeld in der kleinen Buttengasse, in der Taube genannt, zu Köln."

bedient, nachdem diese Vignette von ihm Appellaten schon im Jahre 1823 bei den betreffenden Behörden in gesetzlicher Form deponirt worden sey;

Daß das Handelsgericht in Düsseldorf, um die Zulässigkeit dieser Klage zu beurtheilen, in seinem Vorbescheide vom 25 November 1837 dem Appellaten aufgegeben hat, zu beweisen, daß unterm 12. Juni 1823, oder wann sonst, das fragliche rothe Fabrikzeichen auf dem Handelsgerichtssekretariate in Düsseldorf wirklich hinterlegt worden sey;

Daß hierauf der Appellat in der Gerichtssitzung drei, gemäß Depositionsprotokoll vom 12. Juni 1823 hinterlegte Fabrikzeichen, und darunter ein roth gedrucktes vorgelegt hat, worauf oben eine Taube mit einer Umschrift, sodann eine darunter gedruckte Anzeige sich befindet in folgenden Worten:

> „Diese und mehrere Sorten ächten geschnittenen, wie auch ganzen Rauchtaback werden fabrizirt von Johann Wilhelm Ritzefeld in der kleinen Buttengasse, in der Taube genannt, zu Köln."

J. E., daß nun zwar dieses gehörig deponirte Fabrikzeichen mit jenem, worauf die Klage gegründet wird, nicht ganz übereinstimmt, indem in Letzterm von dem Zeichen der Taube, soviel aus dem Inhalt der Klage entnommen werden kann, und von den Worten: „ächten geschnittenen, wie auch ganzen" nichts vorkommt. Daß indessen die andern Worte, und insbesondere die vom Appellanten angeblich mißbrauchte Adresse des Appellaten, darin enthalten ist, und es keinem Zweifel unterliegen kann, daß hierin schon eine verbotene Nachmachung zu finden ist, da der Art. 72 des Bergischen Dekrets v. 17. Dezbr. 1811 die Fabrikengerichte betreffend, die Nachmachung der besondern Zeichen, welche ein Fabrikant seinen Fabrikaten gegeben hat, im Allgemeinen untersagt, und die Art. 76 u. 77 l. c. die Strafen derjenigen, welche

diesem Verbot durch Nachmachung der besondern Zeichen und Merkmale, wozu die Adresse des Appellaten gewiß gezählt werden muß, zuwider handlen, bestimmt;

Daß diesemnach der fragliche Beweis erbracht, die Klage zuläßig und die Berufung keineswegs gerechtfertigt erscheint.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die Berufung gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichts in Düsseldorf vom 13. Januar letzthin als ungegründet mit Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 11. Mai 1838.

Advokaten: Stupp — Lützeler.

Immobilien durch Bestimmung. — Heirathsact. — Leibzucht. — Inventar.

Immobilien durch Bestimmung, als da sind, Vieh und Ackergeräth, Behufs Bewirthschaftung eines Landgutes, verlieren durch den Tod des Eigenthümers, welcher die Bestimmung getroffen, ihre Immobiliarschaft nicht, gleichviel ob der Eigenthümer selbst das Gut bewirthschaftet hat oder es durch einen Pächter oder Beständer bewirthschaften ließ.

Art. 524 des B. G. B.

Wird einer Braut, für den Fall, wo sie zur zweiten Ehe schreiten sollte, nur die lebenslängliche Nutznießung an dem Vermögen ihres Bräutigams zugesichert, so ist sie bei dem Vorabsterben des Letztern verpflichtet ein Inventar zu errichten.

Ehefrau Fischer — Eheleute Jäger.

Im Jahre 1833 schritt der Bürgermeister und Gutsbesitzer Fischer zu Gussenhoven zur Ehe, und errichtete bei dieser Gelegenheit einen Heirathsvertrag, worin unter Andern seiner Braut — im Falle sie ihn überleben sollte — das Mobilar=Vermögen eigenthümlich und die lebenslängliche Leibzucht an seinem Immobilar=Vermögen geschenkt wurde. Sodann wurde bestimmt, daß, wenn die Braut zur zweiten

Ehe schreiten sollte — sie alsdann nur die lebenslängliche Nutznießung an dem ganzen Vermögen erhalten solle.

Durch das im Jahre 1837 erfolgte Absterben des rc. Fischer löste sich die Ehe auf, und die Intestat-Erbinn, alleinige Schwester des rc Fischer, die Gattin des Med. Doctor Jäger zu Neuß, klagte gegen die Wittwe Fischer auf Errichtung eines Inventars über das sämmtliche Vermögen des rc. Fischer, auf Anfertigung eines état des lieux und Verweisung der Liquidation vor einen Notar.

Die Wittwe Fischer wollte zwar ein Inventar über das Immobilar-Vermögen errichten, aber nicht über die Mobilien. Sie behauptete ferner: daß das Inventar des Ackergutes nämlich Ackergeräthe, Viehstand rc. zu dem Mobilar-Vermögen gehöre.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf erkannte, daß das Inventar des Gutes zu den Immobilien gehöre; daß die Wittwe verpflichtet sey, über die Immobilien ein Inventarium zu errichten; daß aber zur Errichtung eines Inventars über die Mobilien keine Veranlassung, auch übrigens die Verordnung einer Liquidation für jetzt nicht zulässig sey.

Gegen dieses Urtheil legte die Wittwe Fischer die Haupt-Berufung ein, und die Eheleute Jäger appellirten incidenter.

Die Appellantin berief sich darauf, daß bei allen Verträgen, namentlich aber bei Schenkungen und Testamenten, man auf die Absicht der Parteien sehen müsse; sodann auf die Bestimmungen der Art. 528, 533 u. 535 des bürgerl. Gesetzbuches.

Dagegen beriefen Appellaten sich auf den Art. 524 des B. G. B. und auf ein Urtheil des Cassationshofes zu Paris vom 1. April 1835 (Sirey 1836, 1, 55), welches in der hier einschlägigen Stelle also lautet:

> «Considerant qu'aux termes de l'art. 524 cod. civ. sont immeubles par destination les animaux, instrumens aratoires et autres objets que le proprietaires place pour le service et exploitation de son fouds; — que cet article est conçu en termes généraux et absolus; qu'il s'applique dès lors au cas prévu par l'article 522, où il le loue à un fermier; que cette disposition étant la conséquence naturelle de la destination qu'il a faite et de sa

volonté legalement présumée, doit, s'il n'a manifesté une volonté contraire, survivre à son décis et servir à règler ses dispositions testamentaires — qu'ainsi, l'arrèt attaqué ayant reconnu, en fait que le testateur avait attaché à la culture de son domaine les animaux dont il s'agit, a fait une juste application de la loi en les considerant comme immeubles par destination.»

Der A. G. H. erkannte über die Haupt- und über die Inzidentberufung wie folgt:

In Erwägung auf die Hauptberufung:

Daß das Vieh und das Ackergeräth, welches von dem Eigenthümer eines Gutes auf demselben zu dessen Benutzung und Bewirthschaftung bestimmt worden, nach dem Gesetze als unbeweglich zu betrachten ist;

Daß diese, in dem Art. 524 des B. G. B. enthaltene, ganz allgemein gesetzliche Verfügung nicht auf das von dem Eigenthümer eines Gutes einem Pächter oder Beständer zu dessen Bewirthschaftung übergebene Vieh oder Ackergeräth zu beschränken ist, auch aus den in dem Ehevertrage vom 20. September 1833 in Beziehung auf das Mobilar- und Immobilar-Vermögen für den Fall des Todes einer der Ehegatten, zu Gunsten des überlebenden, getroffenen Verabredungen nicht zu entnehmen ist, daß die Contrahenten von den gesetzlichen Begriffsbestimmungen dessen, was als mobilar und als immobilar anzusehen sey, haben abweichen wollen;

Daß die Behauptung der Appellantin, daß das vorhandene Feldgeräth und der Viehbestand erst während der Ehe erworben worden, auch wenn sie wahr wäre, in der Verpflichtung, diese Gegenstände zu inventarisiren nichts ändern kann, da nicht in Abrede gestellt worden, daß dieselben von dem verstorbenen Ehemanne der Appellantin, dem Eigenthümer der Immobilien, zu deren Benutzung und Bewirthschaftung bestimmt gewesen;

Daß es sich übrigens in dem gegenwärtigen Prozesse nicht von der Auseinandersetzung der zwischen der Appellantin und ihrem verstorbenen Ehemanne bestandenen Gütergemeinschaft, noch davon handelt, ob wegen Verwendungen des gemeinschaftlichen Vermögens zur Verbesserung des eigenen Vermögens des Verstorbenen ein Ersatz zu leisten sey.

In Erwägung auf die Inzidentberufung:

Daß das Eigenthum des Mobilarvermögens dem Letztlebenden in dem Ehevertrage nur unter der Bedingung vermacht worden, daß derselbe nicht zur zweiten Ehe schreite, die Inzidentappellanten daher ein gegründetes Interesse haben, den Zustand jenes Vermögens constatiren zu lassen, und ihnen die Befugniß, ihr Interesse auf diese Weise zu sichern, um so weniger bestritten werden kann, als das Gesetz jedem bedingt Berechtigten, auch vor der Erfüllung der Bedingung, gestattet, die die Erhaltung und Sicherung seines Rechtes bezweckenden Maßregeln zu ergreifen;

Daß jedoch der Antrag auf Verordnung eines Liquidations- und Auseinandersetzungs-Verfahrens, als in den gegenwärtigen Prozeß nicht gehörig, von dem ersten Richter mit Recht als unstatthaft abgewiesen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 12. Juli 1837 eingelegte Hauptberufung, reformirt dagegen auf die eingelegte Inzidentberufung das gedachte Urtheil in so weit, als die Inzidentappellanten mit ihrem Antrage auf Errichtung eines Inventars über das von dem Verstorbenen Ehemanne der Inzidentappellatin hinterlassene Mobilarvermögen, als zu voreilig erhoben, gänzlich zurückgewiesen sind, erklärt an dessen Statt die Inzidentappellatin für schuldig, die Errichtung eines Inventars in gesetzlicher Form über sämmtliche in dem Sterbehause des verlebten Bürgermeisters Fischer zu Gussenhoven sich befindenden Mobilien, Effekten, Urkunden und Scripturen zu gestatten, kompensirt die Kosten der gegenwärtigen Instanz, verurtheilt die Hauptappellantin in die Geldbuße.

III. Senat. Sitzung vom 16. Mai 1838.

Advokaten: Müller — Lützeler.

Ehefrau. — Vorwegnahme. — Liegenschaft. — Veräußerung. — Beweislast.

Die Ehefrau, welche eine Vorwegnahme wegen Verkaufes einer eigenthümlichen Liegenschaft (Art. 1433 des B. G. B.) ausüben will, hat zur

Begründung dieser Klage zu beweisen, nicht allein die Veräußerung während der Ehe, sondern auch, daß der Verkaufspreis in die Gütergemeinschaft geflossen, resp. von ihrem Ehemann eingezogen worden sey.

Zum Gegenbeweise gehört, daß aus dem Erlöse der verkauften Liegenschaft Immobilien gekauft worden, oder daß der Kaufpreis ganz oder zum Theil noch ausstehe.

Bohn — Bohn.

J. E., daß die Appellantin zufolge Art. 1433 des B. G. B. zweierlei zu beweisen hatte, 1) daß die in dem provisorischen Status näher bezeichneten eigenthümlichen Liegenschaften der Appellantin während ihrer Ehe mit dem Gemeinschuldner Johann Bohn veräußert worden, und 2) daß der Erlös derselben in die Gütergemeinschaft geflossen resp. von ihrem genannten Ehemann eingezogen worden sey.

Daß Ersteres durch den produzirten Kaufvertrag vom 5. März 1827, so viel die darin genannten 19 Grundparzellen betrifft, hinreichend nachgewiesen ist, daß aber daraus, daß Art. 2 dieses Kaufvertrages bestimmt worden ist, daß die Zahlung des Kaufpreises an den Requirenten in zwei Terminen, wovon der erste den nächstkünftigen 24. Juni und der letzte, Weihnachten desselben Jahrs (1827) erhebbar seyen, geschehen sollte, wenn auch unter dem Requirenten der genannte Ehemann zu verstehen ist, nicht folgt, daß dieser den Kaufpreis wirklich eingezogen hat;

Daß daher dieser Punkt von der Appellatin näher nachzuweisen ist;

Daß, wenn dieser Beweis erbracht wird, es an dem Appellanten ist, wenn er behauptet, daß aus dem Erlös Immobilien gekauft worden seyen, oder daß, was eigentlich zum Gegenbeweise gehört, der Kaufpreis ganz oder zum Theile noch ausstehe, hierüber den Beweis zu führen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kön. Landgerichts zu Trier vom 1. Juni 1837 in so weit, als darin als bewiesen angenommen worden ist, daß der Ehemann der Appellatin den Kaufpreis der veräußerten Güter

wirklich eingezogen habe, erkennt an dessen Statt, daß die Appellatin verbunden sey, besser als geschehen zu beweisen, daß der Kaufpreis ihrer, während der Ehe veräußerten, Grundgüter von ihrem Ehemanne eingezogen worden ist; weiset zur Antretung dieses Beweises die Parteien an den ersten Richter zurück, bestätiget im übrigen das Urtheil wovon seinem ganzen Inhalte nach, legt die Hälfte der Kosten der gegenwärtigen Instanz der Appellatin zur Last, und compensirt die andere Hälfte.

I. Senat. Sitzung vom 8. Mai 1838.

Advokaten: Bauerband — Borchhardt.

Zeugenverhör. — Ladung. — Nichtigkeit.

Vor der gesetzlichen Bekanntmachung der während des Prozesses geschehenen Veränderung des Wohnortes oder Standes einer Partei, kann die Angabe des vorherigen Wohnortes und des frühern Standes in den Exploits gültig beibehalten bleiben.

van den Driesch — Packenius.

Von Seiten des Appellaten ꝛc. Packenius wurde einem auf Betreiben der Appellanten Geschwister van den Driesch Statt gehabten Zeugenverhör die Einrede der Nichtigkeit unter Andern aus dem Grunde entgegengesetzt, weil einige der Appellanten im Laufe der Instanz ihren Stand und Wohnort verändert, diesem entgegen aber in den hierauf erfolgten Vorladungen der Zeugen und des Appellaten der frühere Stand und Wohnort angegeben sey.

Der Gerichtshof verwarf diese Einrede durch folgende Entscheidung:

J. E., soviel die Einrede der Nichtigkeit des abgehaltenen Zeugenverhörs betrifft:

Daß in den Vorladungen an den Appellaten und an die Zeugen die Wohnung der Appellanten so angegeben ist, wie sie in dem Berufungsacte vom 12. November 1836, mit welchem die gegenwärtige Instanz anhob, bezeichnet worden war; daß aber die von einer Partei ursprünglich angegebene Wohnung für und gegen die andere Partei als für die nämliche Instanz fortdauernd so lange betrachtet

werden kann, als die Veränderung der Wohnung derselben nicht gesetzlich bekannt gemacht worden ist;

Daß auch die im Laufe dieser Instanz und nach Erlassung des Erkenntnisses vom 18. April 1837 erfolgte Verheirathung der Elisabeth van den Driesch für die nämliche Instanz jedenfalls so lange unberücksichtigt bleiben dürfte, als diese Veränderung dem Appellaten nicht bekannt gemacht war, und daher so wenig für als gegen ihn von Wirkung seyn konnte.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die dem Zeugenverhör vom 10. März 1838 entgegengesetzte Einrede der Nichtigkeit als ungegründet.

I. Senat. Sitzung vom 8. Mai 1838.

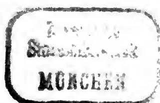
Advokaten: Mauß — Lautz.

Schifffahrts-Convention. — Rangfahrt. — Gesellschafts-Vertrag.

Sind nach Art. 49 der Schifffahrts-Convention vom 31. März 1831 auch Privatpersonen befugt, unter sich Rangfahrtsverträge abzuschließen. Sind solche Verträge einem gebietenden oder verbietenden Gesetze zuwiderlaufend?, Und wo nicht, können sie als Gesellschaftsverträge, sociétés en nom collectif angesehen werden?

Brink und Cons. — Vielhaber und Cons.

Durch eine Notarial-Urkunde vom 18. Dezember 1834 kam unter den genannten Parteien ein Vertrag zu Stande, der eine Rang- und Schnellschifffahrt zwischen Düsseldorf und Rotterdam bezweckte. Die wesentlichen Bedingungen dieses Vertrages bestanden darin, daß die Fahrt durch eine bestimmte Anzahl von Schiffen, welche von den Paziszenten zu bestellen und nach einer bestimmten Ordnung bewirkt, die Expedition durch C. v. M. Brug und G. P. de Cock in Rotterdam und von J. H. Breyneck junior und Comp. in Düsseldorf besorgt, jedoch die Ein- und Ausladung der Güter den resp. Schiffseignern oder deren Stellvertretern überlassen bleiben, durch Abzüge von den Frachten



eine Vereinskasse gebildet, daraus einige Kosten gemeinschaftlich bestritten und der etwaige Ueberschuß getheilt werden, und unter einer Conventionalstrafe von 100 Thlr., welche an die Vereinskasse zu zahlen, keinem Mitgliede des Vereins unter dem bestimmten Frachtpreise zu fahren erlaubt seyn solle. Die Paziszenten verpflichteten sich zugleich von denjenigen Kaufleuten, welche sich nicht verbinden würden, ihre Güter ausschließlich durch den Verein zu versenden, keine Güter zur Weiterbeförderung anzunehmen.

Die Dauer dieses Vertrages wurde auf sechs nacheinfolgende Jahre, mit dem 1. Januar 1835 beginnend, festgesetzt, jedoch jedem Mitgliede freigestellt, mit jedem Jahre aus dem Vereine auszuscheiden, jedoch nach vorheriger Aufkündigung und mit der Beschränkung, daß die Zahl der Ausscheidenden in einem Jahr nicht mehr als zwei Mitglieder betragen dürfe.

Diese Verbindung sollte die Firma „Düsseldorfer und Rotterdamer Rang- und Schnellschiffahrts-Verein" führen.

Durch spätere Notarial-Urkunden vom Jahr 1834 und 1835 traten noch einige Streitgenossen der Appellaten dem abgeschlossenen Vertrage bei, der nun auch wirklich zur Ausführung kam.

Im Februar 1836 klagte inzwischen der Schiffer Wolter Vielhaber gegen die übrigen Mitglieder des Vereins auf Vernichtung der vorbezogenen Verträge und auf Liquidation und Auseindersetzung der Gemeinschaft durch die zu ernennenden Schiedsrichter.

Diese Nichtigkeitsklage wurde auf die Verfügungen der Art. 42 und 43 des H. G. B. und auf die Behauptung gegründet, daß die von dem Vereine erlassenen Circulare die Genehmigung der Handelskammer nicht erhalten hätten, überdies aber auch der Vertrag, weil er eine Beschränkung der freien Conkurrenz im Betriebe der Schifffahrt bezwecke, an und für sich unerlaubt gewesen sey.

Das als Handelsgericht fungirende Königl. Landgericht zu Düsseldorf verwies diese Klage, welcher nur Brink und Breynek widersprachen, die übrigen aber adhärirten, durch Urtheil vom 11. Juni 1836 ihrem ganzen Umfange nach vor Schiedsrichter.

Der Appellations-Gerichtshof reformirte jedoch dieses Erkenntniß durch Urtheil vom 9. Dezember 1836 und erkannte

statt dessen, daß das Handelsgericht über die behauptete Nichtigkeit der Verträge vom 18. und 27. Dezember 1834 und 5. Januar 1835 zu entscheiden befugt und gehalten sey und verwies demzufolge die Parteien vor das gedachte Handelsgericht zurück. In Folge dessen erließ das Handelsgericht am 27. Januar 1838 ein definitives Urtheil, wodurch es der erhobenen Nichtigkeitsklage deferirend, die fraglichen Verträge für nichtig und unverbindlich erklärte, und dieselben in ihren fernern Wirkungen aufhob u. s. w.

Auf die gegen dies Urtheil eingelegte Berufung erkannte der A. G. H. reformatorisch wie folgt:

J. E., daß nachdem in der Rheinschifffahrts-Convention vom 31. März 1831 alle frühern Schiffer-Gelder und Zünfte für aufgehoben, und die Bestimmung der Frachten für abhängig von der freien Uebereinkunft der Parteien, erklärt worden waren, der Art. 49 der gedachten Uebereinkunft ausdrücklich hinzufügt, daß zwei oder mehrere Handelsstädte gleichwohl mit einer beliebigen Anzahl von Schiffspatronen oder Führern Verträge auf eine bestimmte Zeit abschließen, hierin die Frachtpreise, die Zeit der Abfahrt und Ankunft, und andere in ihrem Interesse liegende und mit keinem gebietenden Gesetze im Widerspruch stehende Bedingungen feststellen, und also eine Rangfahrt einführen könnten, welche dem Handelsstande billige Frachtpreise und den Schiffspatronen oder Führern billige und sichere Rückfahrten sichern;

Daß wenn nnu auch in dem vorliegenden Art. 49 der gedachten Convention ausdrücklich nur den Städten das Recht gegeben ist, solche Verträge abzuschließen, und von durch Privatpersonen abgeschlossenen Verträgen nicht die Rede ist, doch mit Gewißheit aus denselben zu entnehmen ist, daß Verträge, welche sich ihrem Inhalte nach in den Grenzen desselben halten, zu den ihrer Natur nach verbotenen, auf einer Causa illicita beruhenden nicht gezahlt werden können, weil wenn dies der Fall wäre, deren Abschluß auch den Städten nicht hätte nachgelassen werden können;

Daß hieraus aber weiter folgt, daß derjenige, der sich mit andern Privatpersonen in einen solchen Vertrag freiwillig eingelassen hat, sich davon aus diesem Grunde wenigstens, nicht einseitig lossagen kann, und daran vielmehr gebunden ist, bis es den Städten gefallen möchte, gegen die Con-

trahenten das ausschließliche Recht zum Abschluß derselben für sich zu vindiziren;

Daß in dem vorliegenden Vertrage selbst die Gültigkeit desselben von dem Hinzutritt der Handelskammer nicht anhängig gemacht worden ist, indem die in dem § 2. enthaltene Bestimmung, daß die über die Fahrt jährlichs von dem Verein bekannt zu machenden Cirkularien mit Zuziehung der Handelskammer erlassen werden sollten, als vorbehaltene Genehmigung des Vertrages selbst durch die Handelskammer nicht angesehen werden kann;

Daß daher der aus diesem Umstande in erster Instanz entlehnte Nichtigkeitsgrund nicht zu berücksichtigen ist, und daher die Beurtheilung der angestellten Nichtigkeitsklage lediglich davon abhängt, ob bei dem Vertrage vom 18. Dezember 1834, der, wie sich aus dem Art. 1 sowohl, als dem ganzen Contexte desselben ergibt, die in dem angeführten Art. 49 der Rheinschiffahrts-Convention angedeuteten Vortheile für den Verkehr zwischen Düsseldorf und Rotterdam zu erreichen bezweckt hat, die gesetzlichen Formen beobachtet worden seyen, und ob der Vertrag, seinem Inhalte nach, mit irgend einem verbietenden oder gebietenden Gesetze im Widerspruche stehe;

Daß was die erste Frage betrifft, der erste Richter zwar angenommen hat, daß der gedachte Vertrag als Société en nom collectif anzusehen sey, weil dadurch ein unter gemeinschaftlicher Firma zu führendes kaufmännisches Geschäft begründet worden sey, dessen Ertrag zu einem gewissen Antheil in eine gemeinschaftliche Kasse fließen, und nach Bestreitung der auf diese Kasse angewiesenen und gemeinschaftlich zu bestreitenden Auslagen unter alle theilnehmenden Schiffer gleich vertheilt werden sollte;

Daß diese Ansicht aber keinen Beifall finden kann, indem aus der Natur der Sache sowohl als aus dem Artikel 20 des H. G. B. mit Recht gefolgert werden muß, daß es zu dem Wesen einer Handelsgesellschaft, und einer Société en nom collectif gehört, daß das Geschäft, dessen Ausführung dadurch bezweckt wurde, mit den von den Mitgliedern zusammen gebrachten Mitteln, und zum gemeinschaftlichen Nutzen auf gemeinschaftliche Gefahr betrieben werde;

Daß dies Alles in dem vorliegenden Falle aber nicht Statt gefunden hat, indem jeder hinzugetretene Schiffer mit seinen eigenen Schiffen und Leuten die Fahrt auf eigene Rechnung und Gefahr betreiben, dem Versender nur persönlich verantwortlich bleiben, auch die Fracht einige Abzüge abgerechnet für sich behalten sollte, und daß die angeführte Gemeinschaft sich nur auf einige Anstalten und Beiträge bezog, welche erforderlich schienen, um jedem theilnehmenden Schiffer persönlich in den Stand zu setzen, die Verpflichtungen, die er gegen die übrigen Theilnehmer an dem Vertrage sowohl als gegen die Waarenversender übernehmen mußte, zu erfüllen;

Daß aber eine solche die Erfüllung gewisser Verbindlichkeiten bezweckende Gemeinschaft nicht hinreicht, um den Vertrag selbst, welcher die Bedingungen festsetzte, wornach jeder Theilnehmer sein eigenes Gewerbe in Zukunft betreiben sollte, als einen Gesellschaftsvertrag zum Betriebe des Schiffergewerbes auf gemeinsame Rechnung zu betrachten;

Daß die Annahme einer gemeinschaftlichen Firma an dieser Ansicht nichts ändern kann, eines Theils, weil diese Firma, da darin kein Name irgend eines Betheiligten vorkam, kein solche war, wie hätte angenommen werden müssen, wenn eine Société en nom collectif hätte begründet werden sollen, andern Theils, weil dieselbe schon um dessentwillen, weil die Theilnehmer sich von aller Verantwortlichkeit für die ihnen nicht persönlich anvertrauten Waaren losgesagt haben, nicht sowohl auf die Waaren-Versendung überhaupt als auf die zur Erleichterung des von den einzelnen zu übernehmenden Waaren-Transports gemeinschaftlich zu treffenden Anordnungen und Einrichtungen bezogen werden kann;

Daß der gedachte Vertrag daher, was die Form anbelangt, den Bestimmungen des Art. 42 des H. G. B. nicht unterworfen war, und folglich wegen deren Nichtbeobachtung auch nicht für nichtig erklärt werden konnte;

Daß, was die zweite Frage betrifft, der Art. 419 des St. G. B. durch den vorliegenden Vertrag nicht verletzt worden ist, indem dieser Artikel, nur Umtriebe und Vereinigungen, welche die Erhöhung des Preises von Waaren und Lebensmitteln bezwecken, verbietet, hievon aber in dem vorliegenden Vertrage nicht die Rede ist, diesemnach der vor-

liegende Fall sich sehr wesentlich von demjenigen, auf welchen der Appellat sich bezogen hat, (von der Sache Bleibtreu gegen Jäger; Archiv, Bd. XX. 1. 175) unterscheidet;

Daß die Verletzung eines sonstigen ausdrücklich gebietenden oder verbietenden Gesetzes von den Appellaten auch nicht behauptet worden ist;

Daß die Ungesetzlichkeit des Vertrages aus den von dem ersten Richter aufgestellten Ansichten über Monopolien rechtlich nicht begründet werden kann, da hier von einer Beschränkung der Gewerbe-Freiheit solcher Personen, die an dem Vertrage nicht Theil genommen haben, die Rede gar nicht gewesen ist; vertragsmäßige, und durch Gegenleistung motivirte Stipulationen zur Beschränkung der natürlichen Gewerbefreiheit, aber nicht unerlaubt und mit dem allgemeinen Prinzip der Gewerbefreiheit sehr wohl vereinbarlich sind;

Daß der vorliegende Vertrag daher weder ein gebietendes, noch ein verbietendes Gesetz verletzt, vielmehr den durch den Art. 49 der Rheinschifffahrts-Convention erlaubten Verträgen beizuzählen ist.

Aus diesen Gründen

reformirt der K. Rh. A. G. H. das Urtheil des als Handelsgericht fungirenden Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 27. Jan. l. J. seinem ganzen Inhalte nach, weist an dessen Statt die gegen die Verträge vom 18. u. 27. Dezember 1834 u. 5. Januar 1835 angestellte Nichtigkeitsklage ab, und verurtheilt die Kläger und Appellanten in die Kosten beider Instanzen.

II. Senat. Sitzung vom 23. Mai 1838.

Advokaten: Bauerband — Müller.

Stiftungsdienst. — Remuneration. — Stiftungs-Kapitalien. — Klagerecht.

Kann ein Pfarrer, welcher besondere, zum Pfarrdienste nicht gehörige, kirchliche Stiftungsdienste verrichtet hat, die Remuneration dafür direkt von den Schuldnern der Stiftungskapitalien einfordern?

Dürfen, wenn die Stiftungsfonds abgehen, dergleichen Remunerationen aus anderweitigem Kirchenvermögen bezahlt werden?

Erben Kaufmann — Pfarrkirche zu Uerdingen.

In der Pfarrkirche zu Uerdingen gab es mehrere Stiftungen für Messen, Gebete und Anniversarien; die Stiftungsfonds waren bei der Stadt Uerdingen angelegt, und der Pfarrer bezog für die stiftmäßigen Dienstverrichtungen die ihm gebührenden Remunerationen, wie wenigstens der Kirchenvorstand behauptet hat, direkt von der Stadt.

Als das Dekret vom 21. August 1810 erschien, hielt die Stadt Uerdingen sich fernerhin nicht mehr für verpflichtet, ihre Schuld an die Pfarrkirche abzutragen, und daher unterblieb auch die Zahlung der jährlichen Gefälle an den Pastor.

Es scheint, daß die gesetzliche Entlastung der Stadt nicht bezweifelt wurde, und so blieb der Pfarrer, der nach wie vor die gestifteten Kirchendienste verrichtete, während den Jahren 1810 — 1819 inclusive unbezahlt.

Vom Jahre 1820 an zahlte die Stadt jährlich an die Kirche 250 Thlr., aber nicht als eine städtische Schuld, sondern als einen der Kirche in Gemäßheit der Art. 49, 93 u. flg. des Dekretes vom 30. Dezember 1809 bewilligten Zuschuß. Von jenem Jahre an wurde nun auch dem Pfarrer die fraglichen Gebühren jährlich vom Kirchenrendanten ausbezahlt.

Im Juni 1827 starb der Pastor Kaufmann und schon im Juli n. J. wandten sich dessen Erben an den Kirchenvorstand mit einer Forderung von 769 Thlr. wegen nicht honorirter Kirchendienst-Verrichtungen während den Jahren 1810 — 1819. Es hatten administrative Verhandlungen Statt, welche zu keinem Resultat führten, und so wurden die Erben Kaufmann im April 1829 klagbar.

Dieselben trugen dahin an:

Den Kirchenvorstand zu verurtheilen, ihnen die Summe von 769 Thlr., welche die Kirche ihrem Erblasser für verrichtete Kirchendienste verschulde, zu zahlen.

Diese Klage gründeten sie auf eine Randbemerkung zum Kirchenbudget von den Jahren 1827 — 1832; deren wesentlicher Inhalt dahin ging:

Die Einnahme der Kirche sey bedeutend verringert, weil die Stadt Uerdingen die Zinsen der bei ihr angelegten Stiftungen nicht mehr bezahle; der Kirchendienst sey indeß ohne

Abänderung von dem Pastor Kaufmann nach dem Willen der Stifter fortgesetzt und unterhalten worden; von dem Jahr 1820 ab sey derselbe zwar aus dem städtischen Zuschusse für jene Dienste bezahlt worden; für die Jahre 1810 bis 1819 inclusive sey die Zahlung noch rückständig, und habe der Pastor Kaufmann dieserhalb eine Forderung von 769 Thaler. Uebrigens, sagten die Kläger, sey der Kirchenvorstand nach Vorschrift des Dekretes vom 19. Juni 1806 verpflichtet gewesen die Stadt, welche mit Unrecht das Dekret vom 21. August 1810 zur Anwendung gebracht habe, zur Zinsenzahlung anzuhalten, und die Remunerationen an den Geistlichen, welcher die Kirchendienste verrichtet, zu zahlen.

Die Kläger behaupteten ferner, die gedachte Randbemerkung enthalte Seitens des Kirchenvorstandes ein Anerkenntniß, wodurch ihre Klage gerechtfertigt werde.

Der Kirchenvorstand trug auf Abweisung der Klage an, weil das gedachte Büdget nichts gegen ihn beweise; dann behauptete derselbe ferner, daß die Kläger ihre angebliche Ansprüche nur gegen die Stadt Uerdingen geltend machen könnten.

Durch Vorbescheid vom 13. Februar 1830 gab das K. Landgericht zu Düsseldorf den Klägern auf, näher anzugeben: 1) welche besonders fundirte nicht zum Dienst des Pfarrers überhaupt gehörig gewesene kirchliche Dienste ihr Erblasser vom Jahr 1809 — 1819 verrichtet, 2) ob und wann die Kirche die Fundations-Kapitalien oder Renten zu ihrem Vermögen restituirt erhalten habe, 3) auf wie hoch die Remuneration für jene Dienste sich stiftungsmäßig belaufen.

Nachdem über diesen Vorbescheid verhandelt worden, erging unterm 8. Juli 1837 folgendes Erkenntniß:

J. E., daß das präparatorische Erkenntniß vom 13. Februar 1830 in seinen drei, den Klägern zur bestimmten Angabe auferlegten Punkten maßgebend bleibt, daß nun in ersterer Beziehung verklagter Seits nachgegeben worden, daß der Erblasser der Klägerinnen die fundationsmäßigen Kirchendienste geleistet, daß auch dieses Eingeständniß bindend bleibt, wenn gleich der Zusatz gemacht worden, daß um so weniger Befugniß sey, zu widersprechen, als überhaupt dem verklagten Kirchenvorstande die Sache weiter nichts angehe; eine Ausstellung, die gleich näher geprüft werden wird.

J. E., daß nun anderweitig durch dasselbe Erkenntniß den Klägern aufgegeben worden, nachzuweisen: ob und wann die Kirche zu Uerdingen die befragten Renten oder Fundations-Kapitalien zu ihrem Vermögen restituirt erhalten habe; daß nun aber dieser Nachweis nicht geliefert, vielmehr die Irrelevanz desselben aus doppeltem Grunde behauptet worden, einmal, weil die Stiftungsfonds nie eingezogen gewesen, vielmehr dieselben sich bei der Stadt rentbar angelegt befunden, daß von diesen die Intraden bis zum Jahr 1810 der Kirche immer ausgezahlt worden, sodann aber auch, weil der Kirchenvorstand für die Nichtvergütung der verrichteten Kirchendienste verantwortlich sey, nach dem Inhalte des Gesetzes vom 19. Juni 1806, welches wörtlich enthalte:

«Les fabriques veilleront à l'exécution des fondations et en compteront le prix aux prètres qui les auront acquittées.»

J. E. jedoch, daß diesen Behauptungen weder in faktischer noch vorliegend in rechtlicher Beziehung Beifall gegeben werden kann, weil nämlich die Stiftungsfonds ursprünglich allerdings bei der Stadt rentbar angelegt, von dieser aber die Zinsen derselben an das, die Dienste verrichtende Kirchenpersonal gezahlt worden, und nicht an die Kirche oder Kirchenrendanten, wie dieses deutlich aus den produzirten Hebe-Registern nnd kirchlichen Büdgets hervorgeht, wo sich die Remunerationen für die fundationsmäßigen Dienste, so das Kirchenpersonal verrichtet, ausgezahlt befinden, und wo es denn heißt: die Stadt zahlte für dieses und für jenes Anniversarium ꝛc. so und so viel ꝛc.

J. E., daß demnächst hieraus hervorgeht, daß nicht der Kirchenvorstand zur Zahlung dieser Dienste verpflichtet war, sondern vielmehr die Stadt, bei welcher diese Stiftungsfonds rentbar angelegt waren, und die sich dagegen verpflichtet hatte, die jedem ausgeworfenen Stipendia alljährlich und zu ewigen Tagen zu entrichten.

J. E., daß mit dieser Ansicht aber auch die produzirten Stiftungs-Urkunden nämlich: 1) ein von den Eheleuten Joh. Mathias Hagbold und der Sibilla Schmitz am 13. Oktober 1779 errichtetes Codizill, 2) ein von denselben Eheleuten am 13. Dezember 1779 errichtetes zusätzliches Codizill und 3) eine von denselben Eheleuten am 11. März 1780 errichtete Disposition, gebieterisch übereinstimmen, wonach der zeit-

liche Bürgermeister und der älteste Scheffen zu Uerdingen und nach der zuletzt bezogenen Urkunde zugleich auch der zeitliche Pfarrer zu Handhaber oder Inspektoren der Stiftungen ernannt und eingesetzt worden.

J. E., daß daher auch, da diese Fonds nie mit dem Kirchenfond verbunden, vielmehr stets von demselben getrennt gewesen, und auch bis zum Jahre 1810 die Zahlung stets Seitens der Stadt auch selbst an den Erblasser der Klägerinnen geschehen, diese Letztere sich nicht an den Kirchenvorstand, vielmehr nur an die Stadt als Schuldnerin der Rente und Inspectoren der Stiftung halten können.

J. E., daß, wenn nun die Stadt sich auf den Grund des Dekrets vom 21. August 1810 für befugt erachtete, mit der fernern Zahlung inne zu halten, und die Inspectoren der Stiftungen, wozu namentlich der Erblasser der Klägerinnen gehörte, sich hierbei beruhigten, doch für den damaligen Zeitpunkt von der Anwendung des Ges. v. 19. Juni 1806 und von einer desfallsigen Verantwortlichkeit des Kirchenvorstandes wegen Nichtanwendung dieses Gesetzes rücksichtlich der befragten Stiftungen wohl um so weniger Rede seyn kann, weil einmal jenes Gesetz die fraglichen wegen der Handhabung und Inspektion bestimmt gestellten Stiftungen nicht im Auge hatte, auch nicht haben konnte, und wiederum, weil die Verantwortlichkeit einmal angenommen, doch die Kläger selbst die culpa ihres Erblassers, des damaligen Stadtpfarrers prästiren müssen, auch hierbei nachgewiesen werden müßte, daß der Kirchenvorstand sich mit Unrecht bei dem Verfahren Seitens der Stadt resp. der Inspektoren der Stiftung beruhigt gehabt, und der Art. 8 des Dekrets vom 21. August 1810 überhaupt zu Gunsten der Stadt nicht zur Anwendung kommen kann.

J. E., daß gegen diese rechtliche Ansicht auch eine im Kirchen-Büdget pro 1827 — 1832 inclusive, welches der Kirchenrath und darunter auch der Erblasser der Klägerinnen unterzeichnete, aufgenommene Bemerkung nicht streitet, indem darin bloß die Anerkennung der Forderung dieses Erblassers und dessen Bedarfs auch der Wunsch, daß die Kön. Regierung diese Forderung zum Theil anderwärts decken möge, keineswegs aber eine Verpflichtung zur Realisirung der Forderung enthalten ist.

J. E., daß es nun im vorliegenden Falle selbstredend auf eine nähere Erörterung der Pflicht zur Realisirung nicht ankommen kann, wenn sich gleich aus den produzirten Rechnungen ergibt, daß in der Folge durch Fixirung eines festen Gehaltes, welches aus Communal-Zuschüssen gedeckt wurde, ein Acquivalent für die zurückbehaltenen Renten gegeben worden.

J. E., daß es unter diesen Umständen auch eben wenig darauf ankommen kann, auf wie weit sich die Remuneration für jene Kirchendienste stiftungsmäßig bewähren, indem, wie oben nachgewiesen, die Klägerinnen hierüber mit der ursprünglichen und alleinigen Schuldnerin, nämlich der Stadt Uerdingen zu rechten haben, nicht aber mit dem gegenwärtig verklagten Kirchenvorstande.

Aus diesen Gründen

erkennt das Königl. Landgericht in erster Instanz, weiset die Klägerinnen mit ihrer durch die Ladung vom 13. April 1829 gegen den Vorstand der Pfarrkirche zu Uerdingen erhobenen Klage ab.

Auf die von den Erben Kaufmann eingelegte Berufung wurde gedachtes Erkenntniß zwar bestätigt, jedoch aus folgenden andern Gründen:

J. E., daß die Appellanten als Erben des zu Uerdingen im Jahr 1827 verstorbenen dortigen Pfarrers Joh. Heinr. Kaufmann von dem appellatischen Kirchenvorstande die Summe von 769 Thlr. 6 Sgr. 11 Pf. fordern, welche die Kirche ihrem Erblasser für verrichtete Kirchendienste schuldig geblieben seyn soll.

Daß die Appellanten ihre Klage darauf gründen, daß

1) in der Kirche zu Uerdingen verschiedene Stiftungen von Messen, Jahrgedächtnissen und sonstigen gottesdienstlichen Verrichtungen existiren, und daß die Stiftungskapitalien bei der Stadt Uerdingen zinsbar angelegt worden.
2) daß die Revenüen dem Pfarrer, welcher die stiftungsmäßige Dienste verrichtet, bis zum Jahr 1809 inclusive ausbezahlt worden;
3) daß aber die Stadt Uerdingen mit dem Jahr 1810 auf den Grund des Dekretes vom 21. August 1810 aufgehört habe die Zinsen zu zahlen, weil sich dieselbe

von aller Schuldverpflichtung gegen die Kirche entlastet geglaubt habe;

4) daß gleichwohl der verstorbene Pfarrer Kaufmann nach wie vor die Lasten der fraglichen Stiftungen der Intention der Stifter gemäß zu leisten fortgefahren habe;

5) daß ihm auch vom Jahre 1820 ab die stiftungsmäßigen Retributionen aus einem von der Stadt der Kirche, in Gemäßheit der Art. 49, 93 u. flg. des Dekretes vom 30. Dezember 1809 bewilligten Zuschuße wiederum regelmäßig ausbezahlt worden, für die Jahre 1810 — 1819 inclusive aber rückständig geblieben;

6) daß die Verpflichtung des Kirchenvorstandes diese Rückstände nachzuzahlen sich aus dem unterm 4. August 1826 angefertigten Kirchen-Büdget pro 1827 bis 1832 ergebe.

J. E., daß die Parteien über die Frage gestritten haben, ob der Pfarrer Kaufmann vor dem Jahr 1809 die fraglichen Intraden direkt von der Stadt Uerdingen bezogen, oder aber ob die Stadt solche an den Kirchenvorstand entrichtet und dieser den Pfarrer für die geleisteten Kirchendienste honorirt habe.

Daß aber diese Frage ganz unerheblich ist.

Daß mit der Aufhebung der geistlichen Stiftungen im Jahre X. der Republik alles früherhin zwischen dem Pfarrer und der Stadt als Inhaberin der Stiftungsskapitalien etwa bestandene Schuldverhältniß aufgehoben wurde und der Staat als Gläubiger eintrat;

Daß jenes Schuldverhältniß dadurch, daß die Stiftungskapitalien der Kirche zurückgegeben wurden, nicht wieder auflebte.

Daß vielmehr in Gemäßheit des Beschlusses v. 7. Therm. J. XI. und 28 Frim. J. XII., des Dekretes vom 22 Fruct. J. XIII. des Staatsrathsgutachtens vom 2 u. 21 Frimaire J. XIV., des Dekretes vom 19. Juni 1806, und des Dekretes vom 30. Dezember 1809 der Kirchenvorstand die Stiftungsfonds in Besitz und Verwaltung zu nehmen hatte, und es demselben oblag aus den Revenüen, den Geistlichen, welche die gestiftete Dienste wahrgenommen, nicht grade die ganze von den Stiftern ausgeworfene Retributionen, sondern

die ihnen nach dem Reglement der Diözese für dergleichen Dienste zukommenden Gebühren auszuzahlen.

Daß also die Ansicht des ersten Richters

als hätten die Erben Kaufmann wegen ihrer Forderung nicht mit dem appellatischen Kirchenvorstande sondern mit der Stadt Uerdingen zu rechten

durchaus unhaltbar ist.

J. E., daß demnach nur zu untersuchen ist, ob, wie die Appellanten behaupten, die von ihnen gegen den Kirchenvorstand angestellte Klage hinreichend durch das bezogene Büdget begründet; daß hiebei nicht außer Acht zu lassen ist, daß der Pfarrer Kaufmann von Gesetzeswegen Mitglied des Kirchenvorstandes war, und als solcher auch das fragliche Büdget mit unterzeichnet hat.

J. E., daß aus der dem Büdget beigeschriebenen Randbemerkung ersichtlich ist, daß der Kirchenvorstand sich bei der auf das Dekret vom 21. August 1810 angeblich gegründeten Weigerung der Stadt, fernere Zahlungen an die Kirche zu leisten beruhigt, und nur dahin gewirkt habe, auf den Grund des Dekretes vom 30. Dezbr. 1809 von der Stadtkasse Zuschüsse für die Bedürfnisse der Kirche zu erhalten, und daß der Pfarrer Kaufmann mit der Wahrnehmung der fraglichen gottesdienstlichen Verrichtungen fortgefahren habe, auf die Erwartung hin, daß die desfallsigen Retributionen aus den städtischen Zuschüssen nachbezahlt werden würden;

Daß aber diese erst im Jahre 1820 erfolgten Zuschüsse nur hinreichten, um von nun an den Pfarrer für die geleisteten Dienste zu honoriren, nicht aber um die Rückstände zu berichtigen.

J. E., daß, wenn der Pfarrer Kaufmann die Ansicht gehabt hätte, daß die Stadt die fernere Zinsenzahlung mit Unrecht verweigere, es seine Sache gewesen wäre, gegen das Verfahren des Kirchenrathes, dessen Mitglied er war, bei der höhern Behörde die geeigneten Schritte zu thun und dahin zu wirken, daß die Stadt zur Zahlung im Wege Rechtens angehalten werde.

J. E., daß durchaus kein Beweis darüber vorliegt, daß der Kirchenvorstand sich gegen den Pfarrer Kaufmann unbedingt verpflichtet habe, ihm die fraglichen Retributionen zu zahlen, die Stadt möge zur fernern Zinsenzahlung angehalten werden können, oder nicht, und daß auch ohnehin ein

solcher Vertrag schlechtweg nichtig seyn würde, da die Kirche Stiftungsdienste nicht mehr zahlen kann, wenn der Stiftungsfonds verloren geht, auch zur Ergänzung solchen Fonds von der Gemeinde gar kein Zuschuß verlangt werden kann, wie dieses sich aus dem Art. 92 des Dekretes vom 30. Dezember 1809 klar ergibt, wo die Kirchenbedürfnisse, wegen welcher Communal-Zuschüsse beantragt werden können, genau bestimmt sind.

J. E., daß der Pfarrer Kaufmann, wenn er noch lebte, dermalen dem Kirchenvorstande gegenüber mit Erfolg nicht würde behaupten können, daß letzterer ihm wegen versäumter Verfolgung der Stadt als Schuldnerin der Stiftungen verantwortlich sey, da er selbst bei dem Verfahren des Kirchenvorstandes konkurrirt hat;

Daß demselben, wenn er etwa der Meinung wäre, daß die Stadt Uerdingen jetzt noch verpflichtet wäre, die Zinsen von 1810 — 1819 nachzuzahlen, nichts übrig bleiben würde, als bei der kompetenten Behörde die gerichtliche Verfolgung der Stadt, Seitens des Kirchenvorstandes in Antrag zu bringen, oder auch sich die Klage cediren zu lassen, um solche auf eigene Gefahr anzustellen; daß ein Mehreres auch den Erben desselben nicht zustehen kann;

Daß wenn die Kirche die Rückstände aus den fraglichen Jahren noch beziehen sollte, es den Erben Kaufmann unbenommen bleiben würde, ihre Ansprüche geltend zu machen.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 8. Juli 1837 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten vorbehaltlich den Appellanten, falls sie vermeinen, daß die Stadtgemeine Uerdingen von den bei ihr angelegten kirchlichen Stiftungskapitalien die fraglichen Zinsen-Rückstände aus den Jahren 1810 — 1819 noch an die Kirche verschulde, zur Realisirung ihrer Ansprüche die geeigneten Schritte zu thun.

III. Civil-Senat. Sitzung vom 23. Mai 1838.
Advokaten: Maus — Müller.

Einkindschaft. — Wirkung einer Realtheilung unter den Vorkindern und dem gemachten Parens.

Der im Art. 75 der Bergischen Rechtsordnung aufgestellte Begriff der Einkindschaft ist kein

gesetzlich nothwendiger, sondern der gewöhnlich faktische. Seine Anwendbarkeit auf einen speziellen so genannten Einkindschaftsvertrag, insbesondere die Absicht der Contrahenten, den Stiefkindern ein Erbrecht gegen den Stiefparens zu ertheilen, muß daher von dem behauptenden Theile erwiesen werden.

Das Kap. 76 das. handelt, namentlich in seinen materiellen Schlußsätzen, nur von solchen Einkindschaftsverträgen, worauf die Begriffs-Bestimmung des Kap. 75 paßt; seine Anwendbarkeit setzt also den Beweis der Existenz eines solchen voraus.

Der wesentliche Begriff der Einkindschaft besteht in der Gleichstellung der Vor- und Nachkinder zum Behufe der Theilung desjenigen Vermögens, welches in Folge der Eingehung der Ehe bei dem Ableben eines Gatten in dem Besitze des überlebenden äußerlich vereinigt bleibt.

Der Eintritt der reellen Theilung dieser Vermögensmasse löst daher die Einkindschaft mit allen ihren Folgen für die Zukunft auf.

Wittwe Lückenhaus und Cons. — Bertram und Cons.

Am 24. März 1785 schloß Johann Engelbert Bertram, Vater zweier Kinder aus einer früheren Ehe, mit Johanna Wilh. Lüttringhausen unter der Herrschaft der Bergischen Rechtsordnung eine zweite Ehe und vor derselben eine im Eingange sogenannte „Eheberedung und Einkindschaft", worin unter andern Verfügungen, die das nachstehende Urtheil des Appellhofes enthält, festgesetzt war, daß die Kinder des Bräutigams erster Ehe ein bestimmtes in derselben erworbenes Grundstück, die Kinder der einzugehenden Ehe aber die Erbgüter der Braut allein haben und behalten, „in dem übrigen sämmtlichen Vermögen aber eine völlige Einkindschaft zwischen des Bräutigams erster und in dieser künftigen Ehe zu zeugenden Kindern dergestalt Statt haben solle, als wenn sie Kinder aus ein und der nämlichen Ehe wären". Die Ehefrau sollte nach Art. 4 im Falle ihres Ueberlebens nach eingetretener Großjährigkeit der Vorkinder

das gedachte Grundstück derselben räumen „und die Theilung des zur Einkindschaft bestimmten alsdann vorhandenen Vermögens sofort vorgenommen werden, hierbei die Braut an Kindesstatt stehen und ein Kindtheil zu genießen haben, den Kindern erster Ehe sodann ihre Antheile ausgefolget, und die Braut die Antheile, welche ihren eigenen Kindern mit zufallen, im Besitz und Genuß behalten." Eine gleiche reelle Theilung mit den Stiefkindern wurde für den Fall der Wiederverheirathung der Stiefmutter vor der Großjährigkeit jener bedungen; auch da heißt es: „Sie solle an Kindesstatt stehen und ein Kindtheil zu genießen haben" und hier wird fortgefahren: „Solchemnach ist sie dann bemächtiget, ihren Antheil in die weitere Ehe zu bringen," worauf hinsichtlich ihres Nießbrauches eben so, wie in Artikel 4, verfügt wird.

Nachdem durch einen Nachtrag von 1798 einige Bestimmungen der Eheberedung in Betreff eines auf dem Voraus der Kinder erster Ehe haftenden, in zweiter Ehe bezahlten Kapitals modifizirt worden, löste der Tod des Ehemannes letztere im Jahre 1802 kinderlos auf und am 18. Juni n. J. hatte die Realtheilung zwischen seinen zwei Vorkindern und ihrer Stiefmutter gemäß dem Art. 4 des Ehevertrages Statt.

In dem darüber aufgenommenen Acte wird die Theilung des vorhandenen zur Einkindschaft gehörigen Vermögens als Zweck genannt und mittelst Ueberantwortung des einer jeden Partei zufallenden Drittheils der Meubles und Aktiv-Forderungen im Betrage von beiläufig 46000 Thlr. vollzogen; Immobilien scheinen in der gemeinschaftlichen Masse keine gewesen zu seyn.

Die Wittwe Bertram starb als solche im Jahre 1837, und ihre gesetzlichen Intestaterben, Wittwe Lückenhaus und Consf., kamen in den Besitz ihres Nachlasses. Unterm 30. Mai 1837 stellten nun die mehrgenannten Stiefkinder der Erblasserin die Klage auf Herausgabe jenes Nachlasses an, indem sie behaupteten, durch die Einkindschaft von 1785 in das Verhältniß leiblicher Kinder auch Behufs Beerbung ihrer Stiefmutter gemäß den Kap. 75 und 76 der Berg. R. O. gesetzt worden zu seyn. Die Verklagten verneinten dies, indem ihrer Meinung nach die Realtheilung von 1802 alle Wirkungen des Ehevertrags von 1785 mittelst Erfüllung

seines Zweckes für die Zukunft aufgehoben hatte. Das Kön. Landgericht in Elberfeld verurtheilte jedoch dieselben unterm 30. Aug. 1837 zur Herausgabe des eingeklagten Nachlasses, nur mit Ausschluß der, der Wittwe Bertram, von ihren Eltern anerfallenen Erbgüter, weil der Ehevertrag selbst diese der Einkindschaft nicht unterworfen habe; im übrigen ging das Erkenntniß von der Ansicht aus, daß das Erbrecht der Stiefkinder gegen den Stiefparens im wesentlichen und gesetzlichen Begriffe einer Bergischen Einkindschaft liege, und eine vorgesehene Theilung der gemeinschaftlichen Masse nicht nothwendig die Beseitigung dieses Erbrechtes bezwecke.

Gegen dieses Erkenntniß ergriffen die Verklagten die Berufung, weil die ganze Klage nicht abgewiesen, die Kläger appellirten inzidenter, weil ihnen nicht der ganze Nachlaß der Wittwe Bertram einschließlich ihrer Erbgüter zugesprochen worden sey, und der Rh. Appellationsgerichtshof erließ hierauf zu Gunsten der Ersteren folgendes

Urtheil:

J. E., sowohl auf die Haupt- als die Inzidentberufung:

Daß die Einkindschaft im Allgemeinen sowohl nach der Bergischen Rechtsordnung, als vielen andern Statuten eine vertragsmäßige Ausnahme von dem gesetzlichen Erbfolgerechte gebildet hat, und die Kap. 75 und 76 jener Rechtsordnung nur die damals noch streitige Zuläßigkeit solcher Verträge im Herzogthum Berg und ihre Form festzusetzen hatten und wirklich festgesetzt, ihren Begriff aber bloß enunciativ gemäß ihrer gewöhnlichen Erscheinung bei dauernder äußerer Gütergemeinschaft bis zum Tode des längstlebenden Gatten aus dem Leben aufgenommen und eben darnach einige ihrer Wirkungen erklärt, dagegen keineswegs das freie Vertragsrecht beschränkt haben;

Daß namentlich das Kap. 75 lediglich ausspricht, daß Verträge, wornach Kinder zweier Ehen „eine Kinder sein, und alle elterliche Güter gleich erben“ sollen, abgeschlossen werden dürfen, und die Schlußsätze des Kapitels 76 zur Beseitigung von vorgekommenen Bedenken über einen Vertrag dieser Art, insofern er sich selbst nicht näher erklärt, den Vorkindern ein Präzipium und den gemachten Eltern ein Erbrecht den Stiefkindern gegenüber zusichern, endlich das Erbrecht der letztern

über den Nachlaß der erstern hinaus auf deren Verwandte auszudehnen, nicht gestatten, es wäre denn in der Einkindschaft anders beredt;

Daß also die Wirksamkeit sogenannter Einkindschafts-Verträge im vormaligen Herzogthume Berg, wie überall, zunächst ohne Rücksicht auf das Statut nach der muthmaßlichen Absicht der Parteien beurtheilt, und darnach Begriff und Umfang der Abweichungen einer speziell in Frage stehenden Einkindschaft von dem gemeinen Rechte, d. h. von dem Intestaterbrechte, bemessen werden muß;

Daß mithin der in der vorliegenden sogenannten Eheberedung und Einkindschaft vom 24. Februar 1785 nirgends ausdrücklich vorfindliche Satz, als sollten die Vorkinder ihre Stiefmutter gleich ihren eigenen Kindern beerben, nicht auf Grund der Kap. 75 u. 76 der Rechtsordnung als ein Naturale derselben betrachtet werden darf, sondern das Richteramt nach der Erforschung des Willens der Parteien das als natürlich anzunehmen hat, was als die kleinste Ausnahme von der Regel der Bergischen gesetzlichen Erbfolge sich herausstellt, auf welche Letztere der Schluß des Art. 10 und 11 des Ehevertrags um so mehr zu beziehen ist, als schon die Schlußworte des Artikels 2: Einkindschaft im übrigen (d. h. nicht vorbehaltenen oder in die Gemeinschaft zusammen fließenden) Vermögen zwischen des Bräutigams erster und in dieser künftigen Ehe zu zeugenden Kindern, dergestalt, „als wenn sie Kinder einer und der nämlichen Ehe wären"; mit der in Art. 75 der Rechtsordnung enthaltenen Definiti von nichts weniger, wie identisch erscheinen.

J. E., daß auf den Todesfall eines Gatten folgende Bestimmungen in dem fraglichen Vertrage getroffen sind:

1) Stirbt der Mann vor der Frau, so bleibt die Frau bis zur Wiederverheirathung oder Großjährigkeit ihrer Stiefkinder oder bis zur Verrückung ihres Wittwestuhles im Besitze des Gesammtvermögens: in jedem dieser Zeitpunkte soll, ohne Unterschied, ob Kinder aus beiden Ehen oder aus welcher von beiden vorhanden sind, ihren Stiefkindern nicht nur ihr Vorbehalt durch sie eingeräumt, sondern auch die Theilung des zur Einkindschaft bestimmten alsdann vorhandenen Vermögens vorgenommen werden und die Ausantwortung der Antheile der Stiefkinder sofort

erfolgen: die Frau selbst erhält bei der Theilung für sich einen Kindtheil und kann diesen in eine weitere Ehe bringen (Art. 4 u. 5).

2) Stirbt die Frau vor dem Manne, so behält er den Nießbrauch des gesammten Vermögens bis zu seiner Wiederverheirathung, muß alsdann aber

a) wenn er Kinder aus beiden Ehen hat, theilen, so daß er für sich einen Kindtheil empfängt, von den Antheilen seiner Kinder aus beiden Ehen ihm jedoch der Nießbrauch verbleibt (Art. 829);

b) sind nur Kinder aus einer Ehe vorhanden, so braucht er nicht zu theilen, die ganze Eheberedung gilt für nicht errichtet, und er soll mit seiner dritten Ehefrau eine gewissenhafte Eheberedung schließen, in Ansehung des sämmtlichen Vermögens, worüber er nach Landesrechten disponiren kann (Art. 10).

J.-E., daß aus diesen Bestimmungen eine Unterscheidung der rechten und Stiefkinder den Eltern gegenüber klar erhellet, indem nur zwischen dem Stiefparens, der Mutter und den Stiefkindern die Realabtheilung mittelst Ausantwortung der Kindtheile eintreten sollte und der Mutter auch der Nießbrauch an den Theilen ihrer Stiefkinder abgesprochen wird, während beide Eltern denselben am Vermögen ihrer rechten Kinder behalten;

Daß dieser Satz offenbar die Aufrechthaltung des gesetzlichen Bergischen Erbrechtes von dem Augenblicke an, wo die durch Eingehung der Ehe entstandene Gütergemeinschaft aufhört, bezweckt, und allerdings nicht nothwendig, wohl aber zur Vollständigkeit und Beseitigung von Bedenken über diese Periode nicht ganz überflüssig war, und jedenfalls mit der Behauptung der Appellaten, als hätten die Stiefkinder bis zum Tode ihrer Stiefmutter und noch rücksichtlich ihres Nachlasses als deren rechte Kinder angesehen werden sollen, nicht in Einklang zu bringen ist;

Daß übrigens die Worte des Art. 4 „nebst dem an sich lebenslänglichen Besitz und Genuß der Erbgüter," und der Art. 7 der Eheberedung noch andere unzweideutige Beispiele darbieten, daß die Parteien die Regulirung ihrer Güterverhältnisse nicht zur Nothdurft auf die Abweichungen vom gemeinen Rechte beschränken wollten, sondern die zur Ergän-

zung ihrer Stipulationen dienenden gesetzlichen Verfügungen mit aufnahmen;

Daß eine Vergleichung der im Art. 5 anerkannten Befugniß der Frau, den ihr bei der Auseinandersetzung zufallenden Antheil in eine fernere Ehe zu bringen, mit Art. 10 ihr freies Dispositionsrecht an ihrem Theile aus dem Einkindschaftsvermögen sowohl durch Geschäfte unter Lebenden als auf dem Todesfall nicht verkennen läßt, wodurch ein vertragsmäßiges Erbrecht der Kinder an jenem Antheile nicht bestand;

Daß einem solchen Erbrechte unter der Stiefmutter und ihren Stiefkindern ferner die im zweiten Artikel des zusätzlichen Vertrags vom 24. Februar 1798 gebrauchten Ausdrücke widerstreben, welche indessen unmittelbar nur vorbehaltenes Vermögen der Vorkinder betreffen und unter keinem Vorwande die mindeste Ansprache der Stiefmutter an dasselbe jemals dulden;

Daß demnach und mit Rücksicht auf den übrigen Inhalt der Eheberedung der Zweck derselben lediglich dahin sich ergibt: einen sichern Maßstab für die künftige Auseinandersetzung der beiderseitigen Kinder zur Verhütung von Uneinigkeit, Unbilligkeit und Weiterungen festzustellen, und zu diesem Ende einerseits die Präzipua der Vorkinder und der Ehefrau zu bestimmen, andrerseits an allem übrigen, hauptsächlich beweglichem Vermögen als einer gemeinschaftlichen Masse beiderlei Kindern gleiche Theile zu gewähren;

Daß dagegen die ganze Eheberedung auf den Todesfall des längstlebenden Gatten, insbesondere über die Beerbung der Stiefmutter, gar nichts verfügt, und die Annahme, als hätte eine Gleichstellung der rechten und Stiefkinder in irgend einer andern Beziehung zum Vermögen, als Behufs der Schichtung der gemeinschaftlichen Masse eintreten und die Einkindschaft überhaupt nach Auflösung der Gemeinschaft noch Wirkungen äußern sollen, nicht allein den angeführten Stellen des Vertrags widerstreitet, sondern zugleich der historischen Bedeutung der Einkindschaften und der darauf gegründeten weit verbreiteten Lehre der angesehensten Germanisten und Monographisten über die Einkindschaft, wornach die Schwierigkeiten und Inconvenienzen der Auseinandersetzung verschiedener Ehen in Ländern der Gütergemeinschaft und des Verfangenschaftsrechtes die vorzüglichste Veranlassung

der Einkindschaftsverträge waren, ihre Wirksamkeit demgemäß nur innerhalb der Dauer der äußern Vereinigung des Vermögens in einer Masse sich bewegt und nie über die Realtheilung desselben hinaus erstreckt *);

Daß demzufolge selbst dann, wenn der Einkindschaftsvertrag eine Theilung nicht vorgesehen hat, die Realisirung einer solchen als Aufhebung der Einkindschaft mit allen ihren Wirkungen betrachtet wird und der Natur der Sache nach in der Regel gewiß keinen andern Sinn hat, wie eine wörtliche allseitige Aufhebung des Einkindschaftsvertrags;

Daß dieser Sinn auch als der natürliche, der gemäß dem Acte vom 2. Juni 1802 unter der Wittwe Bertram und ihren Stiefkindern vollzogenen Auseinandersetzung in's Auge fällt und eben so wenig darnach, als nach der schon gewürdigten Eheberedung, die Fortdauer irgend eines kindlichen oder erbrechtlichen Verhältnisses der Appellaten zu ihrer Stiefmutter als muthmaßliche Absicht der Parteien sich darstellt, so daß eine vertragsmäßige Ausnahme von der gesetzlichen Erbfolge in den Nachlaß der Wittwe Bertram in keiner Weise vorliegt;

Daß somit die Berufung gegen das Urtheil wovon, von Seiten der gesetzlichen Erben gerechtfertigt, die Inzident-Berufung dagegen von allem Grunde entblößt erscheint.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Erkenntniß des K. Landgerichts zu Elberfeld vom 30. August 1837 und erkennt statt dessen hiermit für Recht, daß die von den Appellaten und Inzident-Appellanten am 30. Mai 1837 erhobene Klage als unbegründet lediglich abzuweisen und die Appellaten in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen.

II. Senat. Sitzung vom 17. Mai 1838.

Advokaten: Müller — Schöler.

Luxemburger Landrecht. — Vogteigüter. — Leibzucht.

Verliert der als Fremde in ein Vogteigut eingeheirathete überlebende Ehegatte die ihm nach

*) Vergl. Consilia Tubingg. Tom. VIII. Cons. 40. Nro. 31 u. 32 — Tafinger die Lehre von der Einkindschaft §§ 26 — 28, 37 und 41. — Hofacker Princ. jur. Rom. Germ. tom. I. § 614. — Eichhorn Einleitung in das D. Pr. R. § 348. Nro. 4. — Runde Grunds. des D. Pr. R. §§ 673—676 u. s. w.

dem Luxemburger Landrecht zustehende Leibzucht durch die Wiederverheirathung?

Welche Rechte gebühren ihm an der Mobilarschaft eines solchen Guts?

Hat der Leibzüchter Schulden des Vogteigutsbesitzers abgetragen, so ist Letzterer zur Rückerstattung verpfichtet, die Schulden mögen aus den Einkünften des Leibzuchtguts oder aus eigenen sonstigen Mitteln des Leibzüchters entnommen seyn.

Alf — Bormes.

Peter Ludwigh heirathete unter der Herrschaft des Luxemburger Landrechts im Jahr 1788; die Maria Cath. Leifgen, wurde durch einen, mit seiner Mutter Eva Lenz, Eigenthümerin der Lenzen-Vogtei, im Jahr 1793, abgeschlossenen Vertrag Nachfolger in diesem Gut nebst der Mobilarschaft, und starb im Jahr 1796 nach Publikation des Gesetzes vom 17. Niv. J. II. mit Hinterlassung einer aus jener Ehe erzeugten Tochter, N. Eva Ludwigh. Die ꝛc. Leifgen schritt im Jahr 1798 mit Michael Alf zur zweiten Ehe; und verblieb mit diesem bis zu ihrem im Juni 1836 erfolgten Tod im Besitz und Genuß des Vogteiguts in der Mobilarschaft.

Durch einen in Form eines schiedsrichterlichen Erkenntnisses unterm 20. Fruct. J. IV. vom Friedensrichter und Familien-Mitgliedern abgefaßten Beschluß war festgesetzt worden, daß die Wittwe ꝛc. Ludwigh geb. Leifgen die Meisterschaft aller Mo- und Immobilien zu verwalten fortfahren; auch, wenn sie zur zweiten Ehe schreiten würde, die Nutznießung behalten solle.

Johann Bormes, Ehemann der inzwischen verstorbenen Tochter Eva Ludwigh, und deren Kinder belangten nach dem Tode der ꝛc. Leifgen den ꝛc. Alf und die aus der Ehe dieser Beiden hinterlassenen Kinder vor das Königl. Landgericht zu Trier unter Andern auf Räumung der Lenzen-Vogtei, Erstattung der Perzepten vom Jahr 1798 ab und auf Herausgabe der Mobilarschaft u. s. w.

Sie stützten die Perzepten-Forderung auf die von Seiten der Beklagten bestrittene Behauptung, daß, da die ꝛc. Leifgen als Fremde in das Vogteigut eingeheirathet, sie zufolge

Art. 13. Tit. 2. des L. L. R. die Leibzucht durch ihre Wiederverheirathung verlustig geworden sey.

Die Beklagten suchten für die entgegengesetzte Behauptung auszuführen, daß, weil die Lenzen-Vogtei durch die intermediäre Gesetzgebung während der Ehe freies Gut geworden, der über die freien Güter bei Auflösung der Ehe geltenden Art. 8, Tit. 8. des L. L. R. zur Anwendung kommen müsse, ferner, daß die ꝛc. Leifgen bona fide und ohne Widerrede der Familie Bormes, die von den Eheleuten ꝛc. Alf fortwährend auf dem Gut verpflegt worden, dasselbe besessen habe.

In Ansehung der Mobilarschaft stritten die Parteien unter Andern über die Auslegung des Art. 11. Tit. 2 des L. L. R. und insbesondere auch darüber: ob nicht auch hier der Tit. 8. Art. 8 ibid. zur Anwendung zu bringen sey.

Peter Ludwigh hatte sich in dem Uebernahms-Acte vom Jahr 1793 verpflichtet, seine 5 Geschwister jedes mit 500 Kronenthlr. auszusteuern. Alf behauptete nun, er habe diese Aussteuer getilgt; und forderte daher reconv. von den Klägern die Rückerstattung derselben. Wogegen Letztere einwandten, daß diese Schuld aus den Revenüen des Guts habe getilgt werden müssen.

Das Königl. Landgericht erkannte hierauf, wie folgt:

J. E. auf die zweite Frage:

Daß zwar die Einheirathung in eine Vogtei nur demjenigen der Ehegatten, welcher von dem Vogteibesitzer abstammt, ein Recht auf das Gut verlieh, dem überlebenden fremden Ehegatten dagegen die Wahl zustand, entweder auf dem Gute als Nutznießer zu bleiben, oder aber dasselbe zu verlassen, und alsdann, je nachdem Kinder vorhanden, oder nicht, den dritten Theil der Mobilien, mit Ausnahme der Ackergeräthschaften oder die gesammte Mobiliarschaft mit Ausnahme des Düngers mitzunehmen, unter der Verbindlichkeit jedoch, den dritten Theil der Schulden respective die ganze Schuldenmasse zu tilgen, Art. 11 u. 12 Tit. 2 des Luxemburger Landrechtes;

Daß dagegen einem solchen überlebenden Ehegatten, welcher die Leibzucht gewählt hatte, der Landesbrauch nicht gestattete, sich wieder zu verheirathen — Art. 13 u. 14 l. c. — während der Tit 8. des Landrechtes, welcher von dem ehelichen Gerechtsame freier Leute handelt, auf Rechtsverhält-

nisse, die aus dem Besitze von Vogteien d. h. leibeigenen Schaftgütern, entspringen, überall nicht zur Anwendung kommen kann.

J. E., daß die Satzung des Landesbrauchs, welche dem überlebenden fremden Ehegatten nicht gestattet, auf der Vogtei sich wieder zu verheirathen, in dem Falle, wenn der Vogtei-Besitzer Kinder in jugendlichem Alter hinterließ und in der Familie eine zur Uebernahme der Meisterschaft geeignete Person nicht vorhanden war, im Interesse des Gutes und der unmündigen Erben eine Abänderung erleiden müßte, welche nur von der Familie ausgehen konnte, die, wie die Schlußbestimmung des Art. 3 Tit 2. ergibt, berufen war, das Statut in den speziellern Verhältnissen zu ergänzen;

Daß demgemäß, als Peter Ludwigh nach dem bereits im Jahr 1789 erfolgten Ableben seines Vaters am 5. April 1796 mit Hinterlassung einer fünfjährigen Tochter verstorben war, und die Fähigkeit der Großmutter Eva Lenz, Wwe von Wilhelm Ludwigh, zur Uebernahme der Meisterschaft bezweifelt ward; sechs unter dem Vorsitze des Friedensrichters des Cantons Arzfeld versammelte Anverwandte und Freunde die Entscheidung trafen, daß die Wittwe des Peter Ludwigh, Maria Catharina Leifgen, als Nutznießerin die Meisterschaft führen solle, und auch auf der Vogtei zur zweiten Ehe schreiten könne; daß dieser Beschluß, welchem von dem Friedensrichter die unpassende Form eines schiedsrichterlichen Erkenntnisses ertheilt worden, als den damaligen Gewohnheiten entsprechend für völlig rechtsgültig zu erachten ist und somit gegenwärtig nicht mehr angefochten werden kann;

Daß in Folge desselben Maria Catharina Leifgen die Nutznießung der Lenzenvogtei, auch nachdem sie im Jahre 1796 oder 1798 den Wittwenstuhl verrückt hatte, fortsetzen konnte und zwar nicht nur für ihre Person, sondern, wie die Natur der Sache ergibt, mit dem Manne, welcher auf dem Gute zu heirathen ihr gestattet worden, und mit den Kindern, welche aus dieser zweiter Ehe hervorgingen;

Daß daher die Kläger den Fruchtgenuß nur vom 3. Juni 1836, als dem Tage des Todes der Maria Cath. Leifgen, fordern können und zwar der Art, daß, da der Betrag des Unterhalts, welcher den auf dem Gute lebenden Mitgliedern der Familie Alf seit dem genannten Tage gewährt worden, mit dem Werthe der von denselben geleisteten Arbeiten billi-

gerweise gegeneinander aufgehoben werden kann, der nach Abzug der Kosten beider Haushaltungen verbliebene, durch Experten auszumittelnde Ueberschuß von den Verklagten zu restituiren ist.

J. E., auf die dritte und vierte Frage:

Daß Maria Catharina Leifgen, welche nach dem Ableben ihres ersten Ehemannes des Vogteibesitzers Peter Ludwigh die lebenslängliche Leibzucht erwählt hatte, da durchnach den vorerwähnten gesetzlichen Bestimmungen aller Ansprüche auf die gesammte fahrende Habe des Vogteibesitzers verlustig ging; daß daher das in dem notariellen Inventarium vom 4. Fruct. J. V. verzeichnete Kapital= und Mobiliar=Vermögen des Peter Ludwigh, nebst den von dem ersteren seit dem 3. Juni 1836 bezogenen Zinsen den Klägern gebührt und zwar einschließlich derjenigen Mobilien, welche an die Stelle der im Inventarium aufgeführten, immittels aber verbrauchten Möbel aus den Einkünften des Guts, oder aus den Zinsen der Kapitalien angeschaft worden sind; daß diese Art der Erwerbung präsumirt werden muß, und demgemäß die gesammte auf dem Gute befindliche Mobiliarschaft den Klägern zu verabfolgen ist, mit Ausnahme derjenigen Effecten, von welchen Verklagten nachzuweisen vermöchten, daß dieselben aus ihrem eigenthümlichen Vermögen erworben worden.

J. E. auf die Reconvention der Verklagten, daß demjenigen, welcher in ein Vogteigut succedirt, allerdings die Verbindlichkeit obliegt, den nachgebornen Geschwistern eine angemessene Abfindung zu gewähren — Art. 3, Tit. 2, des Luxemburger Landrechts; — daß in dem vorliegenden Falle durch den Vertrag vom 24. Oktober 1793 für jedes Geschwister des Peter Ludwigh eine Abfindung von 500 Kronenthlr. festgesetzt worden und in dem notariellen Inventar vom 4. Fruct. J. V. die Summe von 15,000 Frc., als Betrag des den fünf nachgeborenen Kindern der Eheleute Wilhelm Ludwigh und Eva Lenz zu zahlenden Abstandes unter der Rubrik Passiva aufgeführt wird;

Daß, wenn nun Verklagte diese auf dem Gute haftende Schuld ganz oder zum Theil getilgt haben, dieselben offenbar von den Geschwistern Bormes dafür Ersatz verlangen können, jedoch nur insoweit, als jene Tilgung aus ihren eigenen Mitteln bewirkt worden und nicht aus den Intraden des Gutes oder der Zinsen des Kapital=Vermögens; aus

welchen die Berichtigung dieser Schuld erfolgen muß und wirklich geschehen zu seyn auch bis zum Beweise des Gegentheils zu vermuthen ist.

Aus diesen Gründen

verurtheilt das Kön. L. G. die Verklagten zur Herausgabe des fraglichen Guts an die Kläger, desgleichen zur Erstattung derjenigen Früchte, welche von den seit dem 3. Juni 1836 bezogenen nach Abzug der Kosten beider Haushaltungen übrig geblieben sind, weist dagegen die Kläger mit dem Anspruch auf die seit dem 11. Februar 1798 bezogenen Früchte ab, spricht sodann den Klägern das alleinige Eigenthum der gesammten von Peter Ludwigh hinterlassenen und noch vorhandenen fahrenden Habe, desgleichen derjenigen Mobilien und Kapitalien, welche an die Stelle der im Inventar vom 4. Fruct. J. V. verzeichneten, aus den Revenüen des Guts oder aus dem Kapital-Vermögen des Peter Ludwigh erworben worden, zu, und verurtheilt die Verklagten zur Herausgabe dieser Masse an die Kläger nebst den seit dem 3. Juni 1836 davon gezogenen Zinsen, erkennt ad reconventionem, daß Verklagte für wohl befugt zu erachten, wegen den an die Geschwister oder Oheime des Peter Ludwigh gezahlten Abfindungen, Ersatz von den Geschwistern Bormes zu verlangen, in so fern sie nachzuweisen vermöchten, diese Abfindungen aus eigenen Mitteln berichtigt zu haben.

Auf die von Seiten der Beklagten eingelegte Hauptberufung und von den Klägern ergriffene Inzident-Berufung hat der A. G. H. erkannt, wie folgt:

J. E., daß soviel den zweiten Klagepunkt, die Erstattung des von dieser Vogtei seit dem Jahre 1798 gehabten Genusses betrifft, der Art. 11, Tit. 2. des Luxemb. Landrechts dem überlebenden Ehegatten, welcher nicht von dem Vogteibesitzer abstammt, sondern als Fremder in die Vogtei eingeheirathet ist, die Wahl gibt, entweder die Verwaltung des Vogteigutes als Leibzüchter fortzusetzen, oder dasselbe, im Falle Kinder vorhanden sind, mit dem dritten Theile der Mobilarschaft zu verlassen und sich anderswo niederzulassen, dagegen im letzten Falle auch verbunden war, ein Drittel der Schulden zu bezahlen;

Daß die Wittwe des Peter Ludwigh, Maria Cath. geborne Leifgen ersteres gewählt, und nach dem Tode ihres

Mannes als Nutznießerin das genannte Vogeigut zu bewirthschaften und zu benutzen fortgefahren hat;

Daß nun zwar der Art. 13, Tit. 2. des L. L. R. verfügt, daß der überlebende, fremd in eine Vogtei eingeheirathete Ehegatte, wenn er zu einer zweiten Ehe schreiten will, sich der Güter losledig und ohne Abkauf begeben und dieselben verlassen soll, sonach der Wittwe des Johann Peter Ludwig, da sie fremd in die Lenzen-Vogtei eingeheirathet war, dadurch, daß sie im Jahre 1798 mit dem jetzigen Mitappellanten Michael Alf zur zweiten Ehe schritt, dem Sinne und der Absicht der Bestimmung des angeführten Art. 13 gemäß die ihr nach Art. 11 an der Vogtei zustehende Leibzucht allerdings hätte entzogen werden können, daß jedoch dieses nicht geschehen ist;

Daß vielmehr, als nach dem Tode des Johann Peter Ludwigh zwischen dessen Mutter Eva Lenz und seiner hinterlassenen Wittwe Maria Cath. Leifgen Streitigkeiten hinsichtlich der Hausmeisterschaft entstanden waren, diese am 20. Fruct. J. IV. durch 6 Mitglieder der Familie, und den Friedensrichter in der Form eines schiedsrichterlichen Erkenntnisses dadurch beseitiget wurden, daß sie erkannten, daß die Maria Cath. Leifgen, Wittwe des Pet. Ludwigh die Meisterschaft aller Mobilien und Immobilien, wie ihr verstorbener Ehemann, jedoch nutznießlich zu verwalten fortfahren, sich in allem dem Vertrage vom 24. Oktober 1793 gemäß verhalten, und selbst dann, wenn sie zur zweiten Ehe schreiten würde, die Nutznießung behalten solle;

Daß, wenn auch diese Entscheidung die Eva Ludwig nicht binden konnte, weil sie dabei nicht vertreten war, und zwischen ihr und ihrer Mutter auch eigentlich nichts entschieden worden ist, doch hieraus so viel wenigstens hervorgeht, daß die Familie nicht gegen die Fortsetzung der Nutznießung gestimmt war;

Daß überhaupt in dem Luxemburger Landrechte nirgendwo eine Bestimmung zu finden ist, nach welcher der Verlust der Leibzucht in dergleichen Fällen ipso Jure und ohne weiters eintreten solle, daß aber auch die Eva Ludwig, nachherige Ehefrau Bormes selbst, nachdem sie im Jahre 1812 das Alter der Großjährigkeit erreicht hatte, mithin selbstständig handlen konnte, eben so wenig, als später, nachdem sie im Jahre 1813 den jetzigen Mitappellaten Johann Bormes

geheirathet hatte, die Abtretung des fraglichen Vogteigutes und die Nutznießung desselben von ihrer Mutter Anna C. Leifgen gefordert hat, vielmehr mit ihrem Manne und ihren Kindern bis zu ihrem am 29. März 1836 erfolgten Tode bei ihrer genannten Mutter und Stiefvater auf dem fraglichen Vogteigute wohnen geblieben ist, und mit denselben in einem freundschaftlichen Verhältniß gelebt hat;

Daß daher ihre Erben jetzt, nachdem ihre Großmutter Maria Cath. Leifgen, welche immerhin zur Antretung und Fortsetzung der Leibzucht einen Titel für sich hatte, und zur Abtretung derselben nie in mora versetzt worden, nun auch gestorben ist, nicht befugt sind, die Erstattung der von ihrer genannten Großmutter seit dem Jahre 1798 von dieser Vogtei als Nutznießerin bona fide bezogene Nutzungen von den Kindern der Großmutter, jetzigen Appellanten und Inzidentappellaten zu verlangen, sonach keine Beschwerde für die Appellaten und Inzidentappellanten darin zu finden ist, wenn der erste Richter ihnen nur die seit dem Tode der M. C. Leifgen (3. Juni 1836) bezogene Nutzungen zuerkannt hat; daß demnach die Inzident-Berufung ungegründet erscheint.

Daß, soviel den dritten Klagepunkt, die Mobilarschaft betrifft, es sich hier von einem Vogteigute handelt, mithin die Frage, wem die Mobilarschaft zugehört, nicht nach dem Art. 8, Tit. 8., welcher nur auf freie Güter Bezug hat, sondern nach dem Art. 11, Tit 2. des L. L. R., welcher von Vogteigütern handelt, und unter dessen Herrschaft die Ehe zwischen Johann Peter Ludwigh und Maria Catharina Leifgen eingegangen worden, zu beurtheilen ist;

Daß die Maria Cath. Leifgen, Mutter resp. Großmutter der Parteien, dadurch, daß sie die Leibzucht gewählt, und angetreten, sich ihrer Ansprüche auf die vorhandene Mobilarschaft, und alles was dazu gehört, begeben hat, sonach das in dem notariellen Inventar vom 4. Fruct. J. V. verzeichnete Kapital- und Mobilar-Vermögen des Peter Ludwigh, so wie diejenigen Mobilien, welche an die Stelle der in diesem Inventar aufgeführten immittels aber verbrauchten Mobilien aus den Einkünften des Guts oder aus den Zinsen der Kapitalien oder auch aus andern Mitteln angeschafft worder, den Klägern, jetzigen Appellaten, Bormes mit Recht zuerkannt worden sind, und um so mehr, als die Nutznießerin immerhin verbunden war, das Inventar zu ergänzen, und die verbrauchten Gegenstände durch Andere von gleicher

Güte, oder den Werth derselben zu ersetzen. Daß dagegen, wenn außer den in dem Inventar verzeichneten, und noch vorhandenen, so wie der an die Stelle der verbrauchten getretenen andere Gegenstände, sich sonst noch Mobilargegenstände gegenwärtig vorfinden sollten, welche die Großmutter resp. Mutter der Parteien in ihrem Wittwestande oder während der zweiten Ehe erworben hätte, diese zufolge Art. 15, Tit. 2. des L. L. R. nach der Art und Natur der freien Güter zu behandlen seyn würden, und daher als der zweiten Ehe angehörig, nach Vorschrift des Art. 8, Tit. 8. ibid. dem überlebenden Ehemanne Mich. Alf allein verbleiben müßten.

Daß soviel die Reconvention der Verklagten betrifft, die Verpflichtung zur Bezahlung der den Geschwistern det Pet. Ludwigh zustehenden Aussteuer oder Abfindung der Eva Ludwigh nachherigen Ehefrau Bormes als alleinige Eigenthümerin der fraglichen Vogtei, und jetzt ihren Kindern den jetzigen Appellaten oblag, daß daher, wenn die Verklagten diese Aussteuer oder Abfindung ganz oder zum Theile bezahlt zu haben nachweisen können, diese Zahlungen ihnen von den Geschwistern Bormes vergütet werden müssen, ohne Unterschied, ob die Tilgung aus eigenen Mitteln oder aus den Einkünften des Gutes hergenommen worden sind, indem die Einkünften des Gutes dem Nutznießer gehören, und dieser darüber nach Gefallen zu verfügen befugt ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 24. August 1837 Seitens der ursprünglichen Kläger Bormes eingelegte Inzidentberufung, ändert dagegen, auf die Hauptberufung erkennend, das angeführte Urtheil vom 24. August 1837 insofern ab, als darin den ursprünglichen Klägern die gesammte auf dem Lenzen-Vogtei-Gute befindliche Mobilarschaft zuerkannt worden, und zweitens insoweit die Verklagten, nur insofern für befugt erklärt worden sind, wegen der an die Geschwister oder Oheime des Peter Ludwigh gezahlten Abfindungen von den Geschwistern Bormes Ersatz zu verlangen, als sie nachzuweisen vermöchten diese Abfindungen aus eigenen Mitteln berichtigt zu haben, erkennt an dessen Statt 1) daß das in dem notariellen Inventar vom 4. Fructidor Jahres V. verzeichnete Kapital- und Mobilar-Vermögen des Peter Ludwigh, so wie diejenigen Mobilien,

welche an die Stelle der in diesem Inventar verzeichneten immittels aber verbrauchten Mobilien angeschafft worden sind, den Klägern Barmes allein zugehört, daß aber, wenn sich außer dem eben genannten Kapital- und Mobilar-Vermögen sich sonst noch Mobilien vorfinden sollten, welche die Maria Cath. Leifgen in ihrem Wittwestande oder während der zweiten Ehe erworben hätte, diese als der zweiten Ehe angehörig, dem überlebenden Ehegatten Michael Alf verbleiben; 2) Daß die appellatischen Geschwister Barmes verbunden sind, den Appellanten die von diesen an die Geschwister des Peter Ludwigh erweißlich gezahlten Beträge für Aussteuer oder Absindung, und zwar ohne Unterschied, aus welchen Mitteln die Zahlung geschehen ist, zu ersetzen; bestätiget im übrigen das Urtheil wovon, seinem ganzen Inhalte nach, kompensirt die Kosten der gegenwärtigen Instanz.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 30. Mai 1838.

Advokaten: Bauerband — Maus.

Bürgschaft. — Solidarität. — Entlastung.

Wenn gleich der Bürge sich solidarisch mit dem Hauptschuldner verpfichtete, so hat er dadurch doch das Recht nicht verloren, seine Entlastung in dem Falle, wo der Gläubiger seine Rechte gegen den Hauptschuldner zu wahren unterläßt, fordern zu können. Art. 2021 u. 2037 des B. G. B.

Der Bürge, resp. Mitschuldner, welcher sich in dem Falle des Art. 2037 des B. G. B. befindet, ist sofort befugt, die Entbindung von der Bürgschaft resp. Löschung der Hypothek zu fordern.

Alken — die Wohlthätigkeitsanstalt zu Andernach

Durch Notarialact vom 4. April 1807 bekannten die Eheleute Anton Jungbluth und Elisabeth Breitbach in Kretz von der Wohlthätigkeits-Anstalt zu Andernach die Summe von 444 Frc. 60 Cent. lehnbar erhalten zu haben, zu derer Sicherheit sie mehrere Güter verhypothesirten. In dem nämlichen Acte intervenirten die Eheleute Peter Mehlem und Christina Weiler von Kruft, und stellten sich als Bürgen unter solidarischer Verpflichtung für die benannte Summe sammt Zinsen dar, ebenfalls unter Bestellung einer hypothe-

karischen Sicherheit. Unter dem 28. März 1835 erhoben die Erben der inzwischen verstorbenen Eheleute Pet. Mehlem und Cath. Weiler gegen die Wohlthätigkeits-Anstalt zu Andernach eine Klage auf Lossprechung von der eingegangenen Bürgschaft und Löschung der desfalls im Jahr 1827 gegen sie genommene Inscription, indem sie behaupteten, daß die Wohlthätigkeitsanstalt es versäumt habe, ihre gegen die Hauptschuldner, Eheleute Jungbluth im Jahr 1807 genommene Hypothekar-Inscription zu gehöriger Zeit zu erneuern, wodurch ein anderer, das ganze Vermögen der Schuldner absorbirender Gläubiger zuvorgekommen und die Subrogation in die Rechte der Wohlthätigkeitsanstalt auf welche sie nach Art. 2037 des B. G. B. Anspruch hätten, für sie unmöglich geworden sey. Seitens der beklagten Wohlthätigkeitsanstalt wurden die Erben von J. Alken, zu Lebzeiten Empfänger der besagten Anstalt, auf Gewährleistung resp. Entschädigung beigeladen, indem durch die Schuld ihres Erblassers die Hypothekar-Inscription zur gehörigen Zeit nicht erneuert worden sey. Die Beigeladenen bestritten sowohl die Garantie als die Hauptklage, sey es als voreilig, sey es als ungegründet und stellten die Anwendbarkeit des Art. 2037 in Abrede. Durch Urtheil v. 14. Dezbr. 1835 erkannte das K. L. G. in Coblenz folgendermaßen für Recht:

Erklärt die Kläger von der durch ihre Erblasser laut Urkunde vom 4. April 1807 übernommenen Bürgschaft für entbunden, verordnet demgemäß, daß die auf den Grund derselben am 22. Dezbr. 1827, Bd. 17. Art. 7827 der Hypothekenbücher zu Coblenz genommene Inscription nach Vorzeigung des gegenwärtigen Urtheils gelöscht werden soll; verurtheilt die Verklagten in eine näher zu liquidirende Entschädigung und in sämmtliche Kosten sowohl des Prozesses, wie der erwähnten Löschung: erkennt sodann auf die Garantie-Klage für Recht, daß die Garantie-Verklagten verbunden seyen, der Garantie-Klägerin vollständigen Ersatz dessen zu leisten, was derselben in Gefolge des Erkenntnisses zur Hauptsache an Kapital, Zinsen und Kosten verloren gehen möchte; verurtheilt endlich die Garantie-Verklagten zur Tragung resp. zum Ersatz sämmtlicher Kosten der Klägerin gegenüber rc.

Gegen dieses Urtheil legten die Erben Alken sowohl der Wohlthätigkeits-Anstalt als den Erben Mehlem gegenüber die Berufung an den Rh. A. G. H. ein, wo jedoch folgende bestätigende Entscheidung erging:

J. E. zur Hauptsache, daß es auf Erörterung der Frage ankommt:

1) ob die Klage der Mitappellaten ursprünglichen Kläger, Erben Mehlem überhaupt zulässig war?
2) ob die Klage als zu voreilig angestellt, und daher die Garantieverklagten, noch zur Zeit für nicht verpflichtet zu erachten seyen?

J. E. ad 1) daß zwar die Autoren der ursprünglichen Kläger, Erben Mehlem in der Notarial-Urkunde vom 4. April 1807 sich für die Schuld der Eheleute Jungbluth der appellatischen Wohlthätigkeits-Anstalt gegenüber solidarisch mit den Hauptschuldnern und persönlich für die fragliche Hauptsumme von 444 Frc. 60 Cent. nebst Nebenbeträgen verpflichtet haben, und daher als solidarische Mitschuldner zu betrachten sind; daß, wenn nun der Art. 2037 des B. G. B. nur den Bürgen von seiner Verpflichtung in dem Falle entbindet, wenn dessen gesetzliche Subrogation in die Rechte, Hypotheken und Privilegien des Gläubigers durch des Letztern Schuld unmöglich gemacht wurde, und wenn auch der Art. 2021 l. c. für den vorher angegebenen Fall die Rechtsverhältnisse des Bürgen den über die Solidarität der Mitschuldner bestehenden Vorschriften der Art. 1200 et seq. unterwirft, dadurch dem Bürgen doch nur das beneficium discussionis genommen, dem also verpflichteten solidarischen Mitschuldner aber diejenigen Rechte nicht entzogen sind, welche ihm als ursprünglichen Bürgen nach Art. 2037 l. c. gegen den Gläubiger in Beziehung auf die Conservation von dessen Hypothekar-Rechten in dem Falle zustehen, wo derselbe, Bürge oder Mitschuldner, für den ganzen Betrag der Schuld in Anspruch genommen zu werden, bedroht ist.

J. E., daß es sich im vorliegenden Falle nur davon handelte, ob die von dem Schuldner für die ganze Schuld gegebene Hypothek, deren Inskriptions-Erneuerung dem Autor der Appellanten, als gewesenenen Rendanten der appellatischen Wohlthätigkeitsanstalt nach dem Art. 1 des Beschlusses vom 19. Vend. J. XII. oblag und von demselben unbestrittenermaßen versäumt wurde, zu löschen war, und nur von den Appellanten als Garantie-Verklagten der Wohlthätigkeits-Anstalt zu vertreten sey; daß demnach die Sicherheit des ganzen Betrages der ursprünglichen Schuld in lite ist, für deren Conservation der Gläubiger nach Art. 2037 l. c.

dem Bürgen oder Mitschuldner gegenüber zu haften verpflichtet war; daß daher das Klagerecht der Mitappellaten und ursprünglichen Kläger, Erben Mehlem, gegründet war.

J. E. ad 2), daß, wie schon der Richter a quo ausgeführt hat, der Bürge resp. Mitschuldner, welcher sich in dem Falle des Art. 2037 des B. G. B. befindet, mit Anstellung seiner Klage auf Entbindung von der Bürgschaft, resp. Löschung der Hypothek nicht erst bis zur Entscheidung der Frage zu warten braucht, ob die von ihm gestellte Hypotheke von dem Gläubiger wirklich in Anspruch genommen werden könne, weil die Befreiung von einer Hypothek allein schon ein Interesse zur Klage darstellt; daß vielmehr die Klage auf Entlastung von der Bürgschaft, resp. Hypothek schon in dem Augenblicke begründet ist, wo der Gläubiger sich außer Stand gesetzt hat, dem Bürgen resp. Mitschuldner seine Rechte gegen den Hauptschuldner zu cediren; daß daher die Klage der Mitappellaten Erben Mehlem nicht als zu voreilig zu betrachten ist, und sich hiernach auch die an sich zweifellose Vertretungs-Verbindlichkeit der Appellanten, wie im Urtheile a quo geschehen, regulirt.

Aus diesen und den Gründen des ersten Richters verwirft der Königl. Rh. A. G. H., die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Koblenz vom 14. Dezember 1835 eingelegte Berufung als ungegründet.

II. Senat. Sitzung vom 15. März 1833.

Advokaten: Stupp — Hasenclever.

Zeugen-Reprochen. — Verwandtschaft. — Taufscheine. — Verleugnung der eignen ehelichen Abstammung.

Die Verwandschaft, welche nach Art. 283 der B. P. O. einen Grund zur Verwerfung eines Zeugen abgibt, muß eine legitime seyn.

Taufscheine aus der Zeit der Herrschaft des gemeinen Rechtes können den Beweis der ehelichen Abstammung des Täuflings für sich allein liefern.

Niemand kann die Vorlage des Heirathsactes seiner Eltern zum Beweise seiner ehelichen Geburt vom Gegner verlangen, wenn er selbst sich

stets in Gemäßheit seines Geburtsactes als ehelicher Sohn gerirt hat.

Krones — Jungen und Cons.

In einem Rechtsstreite zwischen den oben genannten Parteien produzirte Krones, der Kläger, als Zeugen der Thatsache, daß die Verklagten ihm ein Bein abgeschossen hätten oder der Schuß aus ihrem Auftrage geschehen sey, unter andern die Maria Anna Schladweiler, welche von Seiten der Verklagten reprochirt wurde, weil sie und Kläger Geschwisterenkel seyen.

Dieser stellte die Verwandschaft in Abrede und die Zeugin selbst gab bei ihrer Vernehmung an, keine Kenntniß davon zu haben.

Gegen den von den Verklagten antizipirten Beweis derselben wandte Kläger ein, daß er zweifelhaft lasse, ob seine und der Zeugin angebliche Abstammung von gemeinschaftlichen Urgros-Eltern legitim sey, daß der Art. 283 der B. P. O., worauf die Reproche gebaut wurde, aber eine legitime Verwandtschaft voraussetze, und daß ferner die Geburt der Mutter der Zeugin, Anna Maria Schu, von ihrer vorgeblichen Mutter Anna Maria Daniels überhaupt nicht feststehe.

Das Königl. Landgericht zu Trier nahm in seinem Erkenntnisse vom 1. August 1836 dagegen an, daß sowohl eine uneheliche, als eine eheliche Abstammung die im Artikel 283 der B. Pr. O. unterstellte Verwandtschaft begründe, weil der Artikel sich allgemein ausdrücke, hielt auch den Beweis der von den Verklagten behaupteten Verwandtschaft insoweit für erbracht, daß es denselben zu seiner Ergänzung nur noch den Nachweis der Thatsache auferlegte: „Daß die Mutter der Zeugin Maria Anna Schladweiler, Anna Maria Schu, eine Tochter der Anna Maria Daniels gewesen."

Gegen dieses Erkenntniß appellirte Kläger und stellte seine Beschwerden dahin auf: daß der erste Richter eine natürliche Verwandtschaft als genügend für die Anwendbarkeit des genannten Art. 283 angenommen, demgemäß den Appellaten weder die Vorlage der noch fehlenden Heirathsacte der vorgeblichen Stamm-Eltern von ihm und der Zeugin Carl Daniels und Mechtilde, und seiner, des Appellanten, eignen Eltern Joh. Adam Krones und Anna Maria Frossen, noch den Beweis der ehelichen Geburt der Anna Maria

Schu durch den Heirathsact ihrer angeblichen Eltern aufgegeben habe.

Die Appellaten erwiederten, daß die eheliche Geburt der Großmutter der Zeugin und des Appellanten durch die Auszüge aus den Taufregistern der Pfarrei Wolmerath (Erzbisthums Trier) von 1736 resp. 1753 hinreichend dargethan werde, indem darin ihre Eltern als Ehegatten und sie als filiae legitimae bezeichnet seyen, so wie, daß in dem Geburtsacte des Appellanten vom J. 1809 die Deklaration seines Vaters Joh. Adam Krones, ihm und seiner Ehefrau Anna M. Frossen sey ein Kind des Namens, welchen Appellant noch führe, geboren, enthalten sey.

Der Anwalt des Appellanten suchte hierauf hinsichtlich der Beweiskraft der alten Taufscheine mit Beziehung auf J. H. Böhmer in seinem Jus parochiale Sect. IV. cap 1. § 30. (vergl. dessen J. E. P. lib. II. tit. 22. § 2. i. f.) auszuführen, daß dieselben nur den Beweis der vom Pfarrer vorgenommenen Amtshandlung, nicht aber den Beweis der Abstammung oder gar der Legitimität der Abstammung liefern könnten. Schon in Leyser Med. ad Pand. Vol. V. Sp. 326, Med. 6. hatte diese Ansicht einen Anhänger, und unter den Neuern, wobei das Streben nach strenger Reinheit der Theorie hin und wieder den Vorwurf nachtheiliger Einseitigkeit dem lebendigen Rechte gegenüber auf sich geladen haben dürfte, ist sie noch weiter durchgeführt worden von Trihlein im Heidelb. Archiv für civil. Praxis (Bd. XV. S. 26 u. flg. §§ 11 u. 12).

Der Appellationsgerichtshof erkannte indessen durch sein Urtheil vom 16. Juni l. J., worin der Inhalt der Parteivorträge im Uebrigen seinem Wesen nach referirt ist, folgendermaßen:

J. E., daß die Appellaten das Zeugniß der Maria Anna Schladweiler nur noch aus dem Grunde anfechten, weil die Großmutter derselben Anna Maria Daniels, Ehefrau von Friedrich Schu, eine Schwester der Großmutter des Appellanten Anna Marg. Daniels, Ehefrau von Peter Frossen, gewesen sey;

Daß Appellant gegen den von den Appellaten aufgestellten Stammbaum, worauf dieses Verwandschaftsverhältniß beruhen soll, dermalen noch folgende Ausstellungen macht:

1) Die Ehe der angeblichen gemeinschaftlichen Stamm-Eltern von ihm und der Zeugin, Carl Daniels und Mechtilde, und somit die legitime Schwesterschaft ihrer Kinder Anna Maria und Anna Margaretha — der genannten angeblichen Großmutter — sey unerwiesen;
2) Eben so unerwiesen sey die Ehe zwischen Anna Maria Daniels und Friedrich Schu, also die eheliche Geburt ihrer vorgeblichen Tochter Anna Maria Schu, aus deren Ehe mit Pet. Schladweiler die Zeugin Maria Anna Schladweiler unbestrittenermaßen geboren ist.
3) Die Ehe von Anna Maria Frossen und Johann Adam Krones, den Eltern des Appellanten.

J. E., daß nur mittelst ehelicher Abstammung von gemeinschaftlichen Eltern ein gesetzlich anerkannter Familienverband unter den Seitenlinien entsteht, dagegen natürliche Kinder eines Elternparens den Seitenverwandten ihrer Eltern gegenüber nie, und bloß in einzelnen Beziehungen vermöge außerordentlicher ausdrücklicher Bestimmung unter sich, als Verwandte vor dem Gesetze in Betracht kommen;

Daß daher sowohl die Ausdrücke: parent und allié, als insbesondere die Benennung der entfernteren Verwandtschaftsgrade, — deren Bedeutung im Buche III. Cap. 3. Tit. 1. des B. G. B. beschrieben wird, während das Capitel 4. von natürlichen Kindern und Geschwistern handelt — in unseren Gesetzbüchern immer die Begründung durch eheliche Abstammung voraussetzen, wenn nicht das Gegentheil speziel ausgedrückt ist, wie z. B. die Vergleichung der Artikel 162 u. 163 des B. G. B. im dritten Grade anschaulich macht und im vierten und den folgenden Graden schon im gemeinen Leben durch den Namen Germain angedeutet seyn dürfte;

Daß die Unsicherheit der äußern ehelichen Geburt in der Regel auch die Ermittelung einer dadurch begründeten Blutsverwandtschaft in entfernteren Graden selbst auf mütterlicher Seite unmöglich machen würde, und ihrer Berücksichtigung aus diesem und anderen Gründen das öffentliche Recht eben so sehr, wie das Privatrecht widerstrebt;

Daß demgemäß die Anwendbarkeit des Art. 283 in Verbindung mit Art. 291 der B. Pr. O. allerdings durch den Beweis einer legitimen, nicht bloß natürlichen, Verwandschaft des Zeugen mit einer Partei bedingt ist, und letztere den

Richter im einzelnen Falle höchstens bestimmen könnte, ein Zeugniß für weniger gewichtig anzunehmen, obgleich sich nicht verkennen läßt, daß selbst der Natur nach eine bluts=verwandtschaftliche Verbindung außer der Ehe hinsichtlich ihres Einflusses auf die Neigung der Betheiligten zueinander der gesetzlichen Verwandschaft nicht gleich gestellt werden darf;

Daß also die von dem Appellanten erhobenen Streit=punkte allerdings relevant sind;

In Erwägung ad 1:

Daß eine Heiraths=Urkunde der Eheleute Carl Daniels und Mechtilde nicht vorliegt, dagegen nach den beglaubigten Auszügen aus den Geburtsregistern der Pfarrei Wolmerath am 1. Juli 1736 eine Anna Maria als rechtmäßige Tochter «filia legitima,» von Carl Daniels und seiner Ehefrau auf der Wolmerather Mühle, und am 14. Januar 1753 den nämlichen Eheleuten eine rechtmäßige Tochter («Carolo Daniels et Mechtildi conjugibus ex molendino Wolmerath filia legitima») Anna Margaretha geboren und getauft worden ist.

J. E., daß die Aufzeichnung der Geburten oder der Taufe neugeborner Kinder, der Trauungen und Sterbefälle in dazu bestimmte Bücher vor Einführung der bestehenden Gesetzgebung notorisch zu den Amtspflichten der Pfarrer gehörte, und das Bestehen solcher Bücher im Consil. Trident. Sess. 24. de reformatione matrimonii Cap. 1 et 2. beziehungs=weise vorausgesetzt und ihre Führung eingeschärft wird;

Daß demnach diesen Büchern und den daraus amtlich ertheilten Auszügen stets öffentliche Glaubwürdigkeit beige=legt worden ist;

Daß zwar einige Rechtslehrer dieselbe für die Taufregister auf die Taufhandlung, das damit zusammenhängende Alter des Täuflings und die Taufpathen beschränken einen Beweis der Abstammung und ihrer Legitimität darin aber nicht fin=den wollen, theils weil der Zweck der Taufbücher hierauf nicht gerichtet sey, theils weil der Pfarrer in dieser Bezie=hung keine eigene Wahrnehmung, sondern die unbeschworne Angabe anderer Personen bekunde;

Daß jedoch die nothwendige vollständige Aufzeichnung des Na=mens des Täuflings, dem Pfarrer schon die Erkundigung nach sei=nen Eltern zur Pflicht machte, diese auch zu denjenigen Per=sonen gehörten, womit die Taufpathen nach der angeführten

Stelle des Tridentinischen Conzils eine cognatio spiritualis eingehen, womit sie also nach ausdrücklicher Vorschrift der nämlichen Stelle (Cap. 2.) durch den Pfarrer bekannt gemacht werden müssen;

Daß unter den betreffenden Personen (ad quos spectavit), welche die Taufzeugen wählen sollen, zunächst auch die Eltern des Täuflings verstanden werden müssen, denen vor Allen nach allgemeinen Rechtsgrundsätzen und Art. 6 des Reichsabschl. von 1529 die Sorge für die Taufe obliegt;

Daß in besonderer Beziehung auf das Erzstift Trier, wozu die Pfarrei Wolmerath nach dem Vorbringen beider Parteien gehörte, die Verordnung vom 11. Dezember 1786 die bereits hergebrachte in's erzstiftische Rituale aufgenommene Amtspflicht der Pfarrer, die Väter der Täuflinge ins Taufbnch einzuschreiben, im Allgemeinen ebenfalls anerkennt und vermöge der Tridentinischen Vorschrift anerkennen mußte;

Daß demnach, sowohl in Deutschland, wie in Frankreich nach Anweisung der Ordonnanz vom April 1667 (Tit. 20. Art. 7 u. flg.), und ihrer Deklaration von 1736 in der That die Taufregister stets auch als von Amtswegen errichtete Beweisurkunden der Abstammung, nicht bloß der Taufe, während der letzten Jahrhunderte betrachtet worden sind;

Daß das Bedenken über den Grund der pfarramtlichen Wissenschaft von der Abstammung einerseits durch die allgemeine Vermuthung für die amtliche Sorgfalt in der Erkundigung darnach andererseits durch die Betrachtung erledigt wird, daß der Pfarrer die Einschreibung des Vaters eines Täuflings nicht anders, als auf die eigene Erklärung dieses Vaters vornimmt, der, wie oben bemerkt, die Taufe zu veranlassen hat, und ihr in der Regel beiwohnet;

Daß aber eine solche Erklärung (professio parentis) nach Römischem und Canonischem Rechte bis zum Beweise des Gegentheils für wahr gilt (Cf. L. 13 et 16 D. de probationibus, L. 1. § 3. D. de quaestionibus, Cap. 3. X Qui filii sint legit. (4, 17) et Cap. 10 X. de prob. (2, 19);

Daß endlich nach Nov. 117. Cap. 2. die in einer öffentlichen oder ähnlich glaubwürdigen Urkunde niedergelegte Erklärung eines Mannes, der mit einem freien Weibe ein Kind gezeugt hat, „dieses Kind sey das seinige," ohne den Zusatz, daß es ein natürliches sey, zugleich den Beweis der ehelichen Geburt des Kindes in sich schließt, und letzteres von der

Vorlage eines Heirathsactes seiner Eltern befreit, wornach die ausdrückliche Anerkennung eines Kindes als eines ehelichen dasselbe um so mehr von jener Vorlage unter der Herrschaft des Römischen Rechts befreien mußte;

Daß nach allem diesem im vorliegenden Falle die Taufscheine vom 1. Juli 1736 und 14. Januar 1753, zumal bei ihrem Alter und der Zeit der Heirath der darin benannten Eltern hinreichen, um die Geburt der Anna Maria u. Anna Margaretha Daniels aus der Ehe von Carl Daniels und Mechtilde in rechtliche Gewißheit zu stellen.

In Erwägung ad 2.

Daß der erste Richter, gemäß der Verbindung des Beweissatzes, „daß Anna Maria Schu, die Mutter der Zeugin Maria Anna Schladweiler, eine Tochter von Anna Maria Daniels gewesen," mit seinen Gründen den Beweis der natürlichen Abstammung der erstern von der letztern als genügend für die fragliche Anwendung des Art. 283 der B. P. O. angenommen, hierdurch aber dem Appellanten nach obiger Ausführung eine Beschwerde zugefügt hat, zu deren Beseitigung die Aufnahme der ehelichen Geburt in das Beweisthema hinreicht;

In Erwägung ad 3.

Daß Appellant laut seinem Geburtsacte vom 31. August 1809 der Sohn des Joh. Adam Krones und seiner Ehegattin Anna Maria Frossen in Gemäßheit der Erklärung seines Vaters, des erstern, ist und in Uebereinstimmung damit den Namen dieses seines Vaters führt, demnach ohne ausdrückliche irgendwie motivirte Aufstellung der Behauptung, er sey ein uneheliches Kind, mit der nackten Forderung der Vorlage des Heirathsactes seiner bisher stets von ihm als verehelicht anerkannten Eltern um so weniger gehört werden darf, als er in Beziehung auf die hier analogen Art. 197 und 322 des B. G. B. nur deren rechtliche Unanwendbarkeit, nicht den Mangel eines darin unterstellten Facti angeführt hat, und nur sein augenblickliches Interesse den gegenwärtigen Widerspruch mit seinem bisherigen Leben und der Erklärung seines Vaters im Geburtsacte motiviren konnte.

Aus diesen Gründen

setzt der Königl. Rh. A. G. H. den von den Appellaten zu erbringenden Beweis mittelst theilweiser Abänderung des

Erkenntnisses des Kön. Landgerichtes zu Trier vom 1. August 1836 dahin fest:

„daß die Mutter der Zeugin Maria Anna Schladweiler, Anna Maria Schu, eine eheliche Tochter der Anna Maria Daniels gewesen";

verwirft im Uebrigen die eingelegte Berufung als unbegründet und legt unter Zurückverweisung der Sache vor den ersten Richter dem Appellanten $^2/_3$ und den Appellaten $^1/_3$ der Kosten zweiter Instanz zur Last, die Rückgabe der Succumbenzstrafe verordnend.

II. Senat. Sitzung vom 16. Juni 1838.

Advokaten: von Hontheim — Bauerband.

Anm. Die in obigem Urtheile vorausgesetzte amtliche Sorgfalt des Pfarrers bei Erforschung und Eintragung der Eltern des Täuflings mußte auch hinsichtlich ihres Resultates in der Regel sicher seyn, da der Geistliche der Pfarrei, in welcher der Vater gehörte, ordentlicher Weise allein competent zur Taufe (G. L. Boehmer Princ. jur. can. §§. 144 u. 300), und zumal in Dorfgemeinden in die Personal-Verhältnisse seiner Pfarreingesessenen eingeweiht war, daher in der That an der Legitimität der Geburten, die er als eheliche wirklich ins Kirchenbuch eintrug, nur unter Voraussetzung eines amtlichen groben Leichtsinnes gezweifelt werden kann. Hatte er selbst keine Gewißheit oder diente ihm nicht wenigstens die professio parentum als Richtschnur, so verbot ihm offenbar seine Amtspflicht von der Legitimität der Geburt und der Vaterschaft Erwähnung zu thun, wo nicht besondere Vorschriften dies bedingungsweise gestatteten, wie transitorisch im Erzstifte Trier. Daß die Constatirung der Heirathen in besonderen Registern, deren nächster Zweck auf den Beweis der legitimen Abstammung der zu erwartenden Kinder noch weniger gerichtet war, als dies von den Taufregistern behauptet werden mag, keinen Grund abgeben kann, die Vorlage der Heirathsurkunden zur Bekräftigung des Inhaltes der Taufscheine zu verlangen, ist eben so begreiflich, als daß überhaupt der Richter die Verstärkung eines an sich gesetzlich hinreichenden Beweismittels durch andere etwa noch vorhandene nicht fordern darf, um der absoluten Wahrheit näher zu kommen. Wo freilich der Civilstandsbeamte keinen Beruf hat, die Legitimität der Geburt

zu vermerken, oder die Eltern des Kindes zu erforschen, da wird das Gesetz auch die Geburtsacte zu ihrem Beweise nicht hinreichend halten. Zum Verständnisse des letzten Entscheidungsgrundes des Appellhofs dient noch, daß der erste Richter dem Art. 322 des B. G. B. die in jenem beantwortete Frage direkt subsumirte, was der Appellhof nicht zu billigen scheint.

Nachbarrechte. — Vue.

Der Art. 662 des B. G. B. berechtigt den Eigenthümer einer Scheidemauer nur zur Klage auf Beseitigung der Schädlichkeit einer vom Nachbar daran errichteten Anlage gemäß der Bestimbestimmung von Sachverständigen, nicht zur Klage auf Wegräumung der ganzen Anlage.

Der Art. 678 des B. G. B. verhindert nicht den Genuß der Aussicht auf das nachbarliche Grundeigenthum von einer, wenn auch dicht an der Scheidemauer, angebrachten Erderhöhung aus.

Art. 662, 678 u. 663 des B. G. B.

Friedrichs — Armenverwaltung zu Köln.

Ein hiesiger Garten der Armenverwaltung, worin sich eine Entbindungs-Anstalt befindet, wird durch eine ihr eigenthümliche Mauer von dem Garten der M. Friedrichs geschieden, welcher dicht an der Mauer in einem Beringe von ungefähr 9 Fuß Breite und Länge, bis über die Hälfte von jener dergestalt erhöht ist, daß die Mauer über die Erhöhung nur noch etwa 2½ Fuß emporragt und man also von der letztern die freie Aussicht in den Garten der Armenverwaltung gen[illegible]

Da diese [illegible]en der erwähnten Entbindungs-Anstalt ein ein besonderes [I]nteresse an der Verhinderung der Aussicht hatte, so stellte sie, von der Kgl. Regierung ermächtigt, eine Klage gegen die Friedrichs auf Wegschaffung der Erderhöhung an, und unterstützte dieselbe mit zwei Gründen; nämlich:

1) mit der Behauptung, daß die Erderhöhung der Mauer schädlich sey, und dem Art. 662 des B. G. B.,
2) mit dem Art. 678 daselbst.

Das hiesige Königl. Landgericht verordnete darauf zunächst durch Vorbescheid vom 15. August 1832 eine Ortsbesichtigung und ein Gutachten von Sachverständigen darüber:

„Daß der gegenwärtige Zustand der fraglichen Anlage von der Art sey, daß die klagende Verwaltung durch das Gesetz ein Recht auf Abänderung habe".

Nachdem die von der Verklagten gegen diesen Vorbescheid eingelegte Berufung wegen seiner rein präparatorischen Natur, wornach das Parere nur zur näheren Aufklärung des Richters, nicht zur Grundlage seines Urtheils dienen werde, als unannehmbar verworfen worden war, erklärten die ernannten Sachverständigen, drei hiesige Baumeister, in Vollziehung desselben:

„daß die fragliche Erdauffüllung eine freie unbeschränkte Einsicht in den Garten der Armenverwaltung beschaffe, welche den Bestimmungen des Artikels 678 des B. G. B. entgegen spreche, und in der Folge der Mauer Feuchtigkeit zuführe",

und das Kön. Landgericht sprach nun ohne weitere Gründe die Verurtheilung der Verklagten zur Wegschaffung der ganzen Erderhöhung unter'm 27. Dezember 1836 definitiv aus.

Die gegen dieses Endurtheil und den Vorbescheid zugleich erhobene Berufung hatte aber nachstehendes reformatorische Urtheil des Rh. Appellations-Gerichtshofes, nach kontradictorischer Verhandlung der Sache vor demselben in Gemäßheit des Hauptantrages des öffentlichen Ministeriums zur Folge.

J. E., daß die Klage auf Wegschaffung der fraglichen Erderhöhung gerichtet, und auf den doppelten Grund gestützt worden ist, weil durch diese die Gartenmauer der Appellatin Schaden litt, und weil von derselben die Appellantin eine unerlaubte, nämlich dem Art. 678 des B. G. B. zuwider laufende, Aussicht in den Garten der erstern genöße.

J. E., daß die, nach dem hiesigen Urtheile vom 19. Dezember 1833 rein präparatorische, Verfügung einer Expertise über die Gesetzlichkeit der fraglichen Anlage vom 15. August 1832 insofern eine Beschwerde für die Appellantin begründet, als das erfolgte Rechtsgutachten der Sachverständigen die Basis des Endurtheils wovon bildet, ohne zugleich den ermittelten thatsächlichen Verhältnissen und darauf anwendbaren Gesetzes-Stellen angemessen zu seyn; daß die Prüfung der gegen das Endurtheil erhobenen Berufung sonach auch die Beschwerde gegen den Vorbescheid umfaßt.

J. E. über den ersten Klagegrund:

Daß die Scheidemauer zwischen den Gärten der Parteien vermöge ihrer durch die Besichtigung festgestellten Be-

schaffenheit auf Grund des Art. 654 des B. G. B. von den Experten und dem ersten Richter zwar mit Recht für das ausschließliche Eigenthum der Appellatin erklärt worden ist, und demgemäß ohne Einwilligung derselben eine schädliche Anlage dicht gegen die Mauer von Seiten der Appellantin nach Art. 662 nicht angebracht werden durfte;

Daß aber dieser Artikel der Appellatin nur das Recht ertheilt, auf die Beseitigung der Schädlichkeit der Anlage in der von Sachverständigen zu bestimmenden Weise, nicht aber auf Wegschaffung der Anlage zu klagen;

Daß im vorliegenden Falle die völlige Wegräumung des ganzen Erdaufwurfs im appellantischen Garten auch offenbar nicht nothwendig ist, um denselben der Scheidemauer unschädlich zu machen, dies wenigstens nicht behauptet, geschweige denn erwiesen worden ist, vielmehr ein Zwischenwerk oder die Aufhebung der unmittelbaren Berührung der Mauer durch die Erderhöhung dazu allem Anscheine nach hinreichen würde; daß also der Klageantrag in dem Art. 662 des B. G. B. keine Stütze hat.

J. E. über den zweiten Klagegrund oder die Anwendbarkeit des Art. 678 des B. G. B.:

Daß das Eigenthum am Grunde und Boden die freie und ungehinderte Benutzung des darüber befindlichen Luftraumes in sich begreift und der Eigenthümer namentlich gemäß den Art. 544 u. 552 des B. G. B. alle möglichen Bauten und Anlagen in denselben erheben darf, insofern der Titel von den Servituten keine Ausnahme von dieser Freiheit bildet;

Daß die Bestimmungen des letztern, insbesondere des allein hieher gehörigen zweiten Kapitels, vermöge seiner ausnahmsweisen Stellung nach allgemeinen Interpretationsregeln eine extensive Erklärung über ihre ausdrückliche Verfügung hinaus nicht dulden, vielmehr selbst im Zweifel hinsichtlich ihres Verständnisses der natürlichen Freiheit des Eigenthums Raum lassen müssen;

Daß schon hiernach der Art. 678 des B. G. B. auf die Erhöhung der Erdoberfläche eines Gartens ganz innerhalb seines Beringes, möge dieselbe sich über seine ganze Fläche oder einen Theil derselben erstrecken, nicht bezogen werden darf, indem die Französische Rechtssprache unter dem Worte vue nur Oeffnungen Behufs der Aussicht in einer

rings umgebenden dichten Einfassuug versteht, eine erhöhte Grundfläche auch nicht für einen, einem Balcone vergleichbaren, Vorsprung gehalten werden kann;

Daß die in Art. 680 enthaltene Bestimmung der Linie, von welcher aus die Entfernung der Fenster und Balcone von des Nachbars Grenze gemessen werden soll, zu Erderhöhungen der in Rede stehenden Art ebenfalls nicht paßt;

I. E., daß überdieß das Verhältniß der Art. 678—680 des B. G. B. zu dem ältern Rechte gegen die Anwendbarkeit derselben auf dergleichen Erdaufwürfe spricht; daß nämlich das Röm. Recht diese gesetzliche Beschränkung des Eigenthums zum Besten des Nachbars überhaupt nicht kannte, sondern dieselbe sowohl in Franhreich, wie in Deutschland als statutarisches Gewohnheitsrecht und zwar in Städten sich ausgebildet hat; daß sie aus den revidirten Coutumes de Paris (Art. 202) in das heutige bürgerl. G. B. übergegangen ist, während sich in andern Coutumes, z. B. denen von Orleans, nur den Art. 675 — 677 des B. G. B. entsprechende Vorschriften (über die vorzugsweise so genannten vues de Coutumes) finden;

Daß aber überall, wo eine gewisse Entfernung für die Anlage offener Fenster von dem nachbarlichen Eigenthum hergebracht war, in Frankreich wie in Deutschland dieselbe bloß für städtische Grundstücke oder Gebäude bestand, wie namentlich in Betreff der Pariser Coutumes ihre Commentatoren einstimmig bezeugen;

Daß nun zwar der Art. 678 des B. G. B. nach den im gesetzgebenden Körper Statt gehabten Discussionen über den Titel von den Servituten sich auch auf ländliche Grundstücke zu beziehen scheint, insowei bei denselben die darin bezeichneten Anlagen vorkommen, dagegen das Gebiet dieser Anlagen selbst hinsichtlich ihrer Beschaffenheit keineswegs erweitert worden ist, die Erklärung der letzteren mithin immer noch aus dem ältern Rechtszustande entnommen werden kann, wornach es keinem Zweifel unterliegt, daß der Genuß einer Aussicht in der streitigen Art direct nicht untersagt war;

Daß indirect allerdings Schutz dawider in den erheblichsten Fällen durch die Klage auf Einfriedigung in der durch Art. 663 des B. G. B. vorgeschriebenen Höhe, von dem höchst gelegenen Boden gemessen, gefunden werden mag, welchen indessen die Appellatin nicht angerufen hat;

Daß also auch der zweite Klagegrund als gesetzwidrig zerfällt und die entgegenstehende Rechtsansicht der Experten als unerheblich das Urtheil wovon nicht zu rechtfertigen vermag.

Aus diesen Gründen

reformirt der K. Rh. A. G. H. die Erkenntnisse des L. G. zu Köln vom 15 Aug. 1832 und 27. Dezbr 1836 und erkennt an dessen Statt hiermit für Recht, daß die mittelst Ladung vom 4. Juli 1832 erhobene Klage als unbegründet abzuweisen und Appellatin in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen, die Rückgabe der Succumbenzstrafe verordnend.

II. Senat. Sitzung vom 22. Juni 1838.

Advokaten: Bauerband — von Hontheim.

Interlokut. — Vollziehung. — Berufung. — Unannehmbarkeitseinrede. — Reproche. — Abhörung. — Falliter. — Bruder. — Zeuge. — Hauptberufung. Inzidentberufung. —

Ist der Appellat, welcher überhaupt auf Verwerfung der Appellation angetragen hat, noch befugt, die Einrede der Unannehmbarkeit derselben wegen Vollziehung des durch die Berufung angegriffenen interlokutorischen Urtheils geltend zu machen?

Von Amtswegen kann aus diesem Grunde die Berufung als unannehmbar erklärt werden.

Es ist nicht durchaus nothwendig, daß der reprochirte Zeuge stets abgehört werde, damit über die Reproche entschieden werden dürfe, sondern diese Entscheidung kann auch vor der Vernehmung erfolgen, wenn die Reproche gegründet erscheint. Art. 284 der B. P. O.

Als verwerflicher Zeuge ist der Bruder eines Falliten zu betrachten, obgleich Letzterer selbst nicht als Partei in dem Rechtsstreite auftritt, sondern durch die Syndiken vertreten ist.

Dadurch, daß die eine Partei ein Urtheil, welches theils interlokutorisch, theils definitiv erkennt, in seinem interlokutorischen Theile durch Berufung angreift, erlangt die andere Parthei nicht

die Befugniß, nach Ablauf der Nothfrist eine Inzidentberufung gegen die definitive Entscheidung desselben Urtheils einzulegen.

Plümacher — die Syndike der Fallitmasse Wittwe Seydt.

Plümacher meldete bei der Fallitmasse von Wwe. Seydt mehrere Forderungsposten an, die zum Theil von den Syndiken bestritten wurden.

Am 7. Dezember 1837 erkannte das Handelsgericht zu Elberfeld in Ansehung eines Postens von 5000 Thlrn. definitiv, indem es denselben zum Passivstatus der Wittwe Seydt'schen Masse zuließ; in Ansehung der übrigen Forderungsposten aber legte das Handelsgericht dem Kläger eine nähere Beweisführung auf.

Als Plümacher den ihm aufgegebenen Beweis durch Zeugen führen wollte, bestritten die Syndiken die Zulässigkeit des Zeugenbeweises als unannehmbar. Die Einrede wurde jedoch vom Handelsgerichte durch Urtheil v. 18. Januar 1838 verworfen.

Jetzt produzirte Plümacher zwei Zeugen, wovon der erste vernommen wurde. Gegen die Vernehmnng des zweiten, Carl Seydt, widersetzten sich die Syndiken auf den Grund der Art. 268 u. 413 der B. P. O., weil dieser Zeuge der Bruder des Falliten und dieser der Schwiegersohn des Plümacher wäre. Hierauf erklärte das Handelsgericht durch Urtheil vom 15. März 1838 die Einwendungen gegen den Zeugen Carl Seydt für begründet und dessen Vernehmung als Zeuge in der fraglichen Sache für unzulässig.

Gegen dieses Urtheil, so wie gegen das Urtheil vom 7. Dezember 1837 legte Plümacher die Berufung ein. Die Syndiken trugen überhaupt darauf an, die gegenseitige Berufung zu verwerfen; zugleich aber appellirten sie inzidenter in Ansehung des Urtheils vom 7. Dezember 1837. Bei der Verhandlung der Sache trugen sie darauf an, die Hauptberufung von diesem Urtheil als unannehmbar zu verwerfen, weil dasselbe in seiner definitiven Entscheidung dem Appellanten durchaus günstig, in seiner interlokutorischen Entscheidung aber von ihm vollzogen worden sey.

Dagegen wurde der Inzidentberufung der Syndiken entgegengesetzt, daß diese Inzidentberufung nicht Statt finden

könne, weil von dem Urtheile vom 7. Dezember 1837, in sofern es definitiv entschieden habe, keine Hauptberufung vorhanden sey. In dieser Lage erkannte der Appellations-Gerichtshof folgendermaßen:

Soviel die Hauptberufung von dem Urtheile vom 7. Dezember 1837 betrifft:

J. E., daß der Appellant den ihm durch das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 7. Dezember 1837 aufgegebenen Beweis durch Auswirkung einer Fristbestimmung zur Abhörung der Zeugen, durch deren Vorladung und Anzeigung an den andern Theil, und die von ihm veranlaßte Vernehmung eines dieser Zeugen angetreten; mithin sich bei jenem Urtheile einstweilen und bis nach erfolgtem Endurtheile beruhigt hat;

Daß, obgleich die Appellaten ausdrücklich nicht auf Verwerfung der Berufung als unannehmbar sondern überhaupt auf Verwerfung derselben angetragen haben, es jedenfalls der Willkür der streitenden Theile nicht überlassen werden darf, das eingeleitete Beweisverfahren zu unterbrechen, und zu einer Berufung von dem Urtheile, welches den Beweis erfordert hat, überzugehen; und es daher als der öffentlichen Ordnung widerstreitend angesehen werden muß, diese Berufung vor dem Endspruch über den Erfolg des Beweisverfahrens zuzulassen.

Soviel die Berufung von dem Urtheile vom 15. März 1838 betrifft:

J. E., daß zwar der Art. 284 der B. P. O. die auf Abkürzung des Rechtsstreits hinzielende Vorschrift enthält, daß der Zeuge mit Vorbehalt der Entscheidung über die gegen dessen Person gemachte Einwendung vernommen werden soll; daß aber daraus die unbedingte Nothwendigkeit nicht folgt, in einem Falle, wie der gegenwärtige, in welchem die Einwendung gegen die Tauglichkeit des Zeugen von dem mit der Vernehmung beauftragten Richter zur vorläufigen Entscheidung an das Gericht verwiesen, und darüber in erster Instanz entschieden wurde, diese Entscheidung einzuziehen, und der Vernehmung des Zeugen ohne Weiteres Statt zu geben;

Daß es im Gegentheile unter dieser Gestalt der Sache zur Abkürzung des Verfahrens dient, die Entscheidung zu erlassen, welcher die Einrede gegen die Person des Zeugen auf jeden Fall bedarf, und welche, wenn der Zeuge zu den nach dem

Art. 283 der B. Pr. O. verwerflichen Zeugen gehört, dessen Vernehmung nach dem Art. 291 daselbst überflüssig macht

Daß die Einwendung gegen die Person des Zeugen Carl Seydt darin besteht, daß er der Bruder des Falliten Wilh. Seydt ist; das aber der Fallit, obgleich er in eigener Person als Partei in dem Rechtsstreite nicht auftritt, von den dessen Rechte ausübenden Gläubigern vertreten ist, und das in der Sache erlassene Urtheil von ihm anerkannt werden muß, als wenn er in Person an dem Rechtsstreite Theil genommen hätte; und also Einwendungen gegen die Tauglichkeit der in der Sache aufgeführten Zeugen auf gleiche Weise beurtheilt werden müssen, als wenn der Fallit in eigener Person als Partei in der Sache aufgetreten wäre;

Daß nach dieser Ansicht der Sache die Einwendung gegen die Person des Zeugen Carl Seydt in dem Art. 283 der B. Pr. O. gegründet ist, und derselbe sich von den darin bezeichneten verwerflichen Zeugen nicht ausnehmen läßt.

Soviel die Inzidentberufung von dem Urtheile vom 7. Dezember 1837 betrifft.

Daß in gegenwärtigem Falle das Urtheil vom 7. Dzbr. 1837, welches über den Gegenstand der Inzidentberufung durch einen Endspruch entschieden hat, den Appellaten am 30. Dezbr. 1837 zugestellt wurde, ohne daß sie die Berufung dagegen in der Frist von 3 Monaten eingelegt haben; daß die Appellaten dadurch, daß der Appellant von dem interlokutorischen Theile des Urtheils die Berufung eingelegt hat, die Befugniß nicht erlangt haben, nach abgelaufener Frist sich der Inzidentberufung gegen einen andern Theil des Urtheils zu bedienen, welcher eine definitive Entscheidung enthält; mithin die Inzidentberufung als unzuläßig zu verwerfen ist.

Aus diesen Gründen

erkennt der Rh. A. G. H. für Recht, daß die Hauptberufung von dem Urtheile des Kön. H. G. zu Elberfeld vom 7. Dezbr. 1837 als noch zur Zeit unannehmbar und von dem Urtheile vom 15. März 1838 als ungegründet zu verwerfen, die Inzidentberufung aber von dem Urtheile vom 7. Dezbr. 1837 als unzulässig zu erklären sey, und verurtheilt den Appellanten in die Kosten dieser Instanz und in die Geldbuße.

I. Senat. Sitzung vom 30. Mai 1838.

Advokaten: Lützeler — Schöler.

Subhastation. — Dritter. — Einspruch — Form desselben.

Wenn ein Dritter, welcher Ansprüche auf ein zur Subhastation gezogenes Grundstück macht, zu deren Geltendmachung das Subhastations-Verfahren angreifen will, so ist dies nur unter Beobachtung der in den §§ 20 u. 30. der S. O. enthaltenen Vorschriften statthaft *).

Jansen — Köttgen.

Köttgen ließ gegen seine Schuldner verschiedene Grundschiedene Grundstücke in Beschlag nehmen, und hatte eben das Subhastationspatent extrahirt, als Jansen ihn so wie die Schuldner zum Königl. Landgerichte in Düsseldorf vorladen ließ, um das Verfahren aus dem Grunde für nichtig erklären zu hören, weil ihm an jenen Grundstücken ein Miteigenthum zustehe.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf wies durch Urtheil vom 1. Mai 1838 diesen Antrag als unannehmbar zurück, weil er nicht unter Beobachtung der Vorschriften der §§ 20. u. 30. der Subhastatious-Ordn. angebracht worden.

Der Rh. A. G. H. bestätigte dies Urtheil aus folgenden Gründen:

J. E., daß die Opposition des Appellanten gegen die Subhastation selbst gerichtet war und die Absicht hatte, sich als Dritter dem vorzunehmenden Verkaufe zu widersetzen.

Daß in diesem Falle also auch die für dergleichen Einsprüche vorgeschriebene Form beobachtet werden mußte; — daß zwar der § 20. der Subhastations-Ordnung die Zeit zu deren Einlegung nur in so weit beschränkt, daß sie spätestens bei Eröffnung des Lizitations-Termines Statt finden muß; — daß aber in jedem Fall, auch wenn der Einspruch früher gemacht wird, die übrigen Bestimmungen des bezogenen § 20., wonach er dem mit der Subhastation beauftragten Richter zu Protokoll angezeigt, und die zum Beweise

*) Die entgegengesetzte Ansicht hatte der zweite Civil-Senat am 6. März 1834 ausgesprochen. Archiv, Bd. XX. Abth. 1. S. 53. Der erste Civil-Senat entschied sich indeß unter dem 7. April 1835 in der Sache der Ehefrau Greif gegen Bewer für die hier adoptirte Meinung.

dienenden Urkunden übergeben werden sollen, befolgt werden müssen;

Daß, da von allem diesem nichts geschehen ist, der Appellant sich auch gegen die Entscheidung des Urtheils a quo, wodurch seine Opposition als unförmlich verworfen worden, nicht beschweren kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf vom 23. November 1837 eingelegte Berufung, und verurtheilt den Appellanten in die Succumbenzstrafe und in die Kosten.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 1. Mai 1838.

Advokaten: Müller — Stupp.

Eltern. — Kinder. — Theilung. — Pflichttheil.

Die Theilung der Eltern zwischen ihren Kindern gibt diesen unwiderrufliche Rechte, welche durch eine spätere letztwillige Verfügung nicht rückgängig gemacht werden können.

Haben daher Eltern nach geschehener Abtretung über den disponibeln Theil ihres Vermögens verfügt, so kann derselbe nur aus dem nicht abgetretenen Theile ihres Vermögens genommen werden.

Bei Feststellung desselben kommt aber das abgetretene Vermögen mit zur Berechnung.

Art. 1077 des B. G. B.

Fällt der Antheil, welcher einem Kinde zugefallen, durch dessen Vorversterben nach Art. 747 des B. G. B. auf die Eltern zurück?

Renscheidt — Holthaus.

Die Wittwe Abraham Holthaus Maria geb. Colsmann hatte mit ihrem verstorbenen Ehegatten 5 Kinder. Durch Act, unter Privat-Unterschrift vom 11. Juni 1815 vertheilte sie unter dieselben mit deren Zuziehung ihr sämmtliches damaliges Vermögen, wie auch dasjenige, was denselben von ihrem Vater anerfallen war, und jeder setzte sich in den Besitz des ihm anerfallenen Antheils. Von dem Kapitalwerthe des ganzen getheilten Vermögens hatten die Kinder 4 Prozent

Zinsen an die Mutter auf Lebenslang zu zahlen. Vor der Mutter starb deren Sohn Jacob Holthaus ohne Descendenz zu hinterlassen. Die von demselben hinterlassenen Immobilien wurden mit Einwilligung dessen sämmtlichen Geschwistern am 30. August 1836 veräußert.

Die Mutter starb mit Hinterlassung eines Testamentes, wodurch sie ihrem Sohne Isaac Holthaus die disponible Quote ihres Nachlasses vermachte.

Im Monat November 1836 klagte nun letzterer gegen seine Geschwister bei dem Königl. Landgericht zu Elberfeld dahin, um auf den Grund des Testamentes mit ihm zur Theilung des Nachlasses der Mutter in der Art zu schreiten, daß davon ihm 7/16 und jedem der Verklagten 3/16 zugetheilt würden. — Die Verklagten protestirten dagegen, daß das im Jahr 1815 getheilte Vermögen zur Theilungsmasse gezogen werde.

Unter dem 28. Februar 1837 erließ das Königl. Landgericht ein Erkenntniß, wodurch es die zu theilende Erbschaft dahin constituirte, daß dieselbe außer dem übrigen von der Wwe. Holthaus noch etwa hinterlassenen Vermögens bestehe:

1) Aus dem Kaufpreise der von der Erblasserin herrührenden und dem Jacob Holthaus bei der Theilung vom 11. Juni 1815 zugefallenen Immobilien.
2) Aus einem Viertheile des Kaufpreises des übrigen von dem Jacob Holthaus hinterlassenen Vermögens.
3) Aus dem Werthe des von der Wittwe Holthaus herrührenden und dem Kläger und den Verklagten bei der besagten Theilung zugefallenen Vermögens, nach Abzug der von ihnen übernommenen Schulden der Erblasserin, von welchem Gesammtwerth jeder der Erben 1/4 als Conferendum auf seine Erbportion sich in Anspruch bringen zu lassen habe.

Demzufolge verordnete das besagte Landgericht die Theilung dieser so constituirten Erbmasse in der Art, daß Kläger davon 7/16 und jeder der Verklagten 3/16 erhalten solle.

Von diesem Urtheile legten die Verklagten die Berufung ein, indem sie sich hauptsächlich darüber beschwerten, daß sie angehalten werden sollten, das im Jahr 1815 erhaltene Vermögen zu conferiren. Sie behaupteten, daß das Vermögen eigenthümlich und unwiderruflich auf sie übergegangen. Seitens des Appellanten dagegen wurde aufgestellt, daß

jenes Vermögen nur durch eine Liberalität auf sie gekommen, mithin zu conferiren sey, daß es aber jedenfalls bei Ermittelung der disponiblen Quote zur Berechnung zu bringen sey.

Der A. G. H. erkannte hierüber wie folgt:

J. E., daß der Kläger und Appellat in erster Instanz zwar darauf angetragen hat, das Landgericht wolle die Theilung des Nachlasses der gemeinschaftlichen Mutter Wittwe Holthaus in der Art verordnen, daß dem Kläger davon $^7/_{16}$ und den Verklagten $^3/_{16}$ zukomme, daß derselbe indessen in diesem Antrage auch erklärt hat, daß diese Verlassenschaft dermalen nur aus Mobilien bestehe, und hiermit übereinstimmend, auch schon in der Ladung erklärt hatte, daß die Theilung vom Jahr 1815 bestehen bleiben, das damals vertheilte Vermögen jedoch bei der Berechnung des Pflichttheils zur Sprache kommen müsse;

Daß hiernach aber als feststehend anzunehmen ist, daß den Verklagten eine Reduction den derselben damals zugewiesenen Erbquoten von dem Kläger selbst nicht zugemuthet worden ist;

Daß die Verklagten indessen sich bei dieser Erklärung nicht beruhigt, sondern die Abweisung der Klage in so fern sie das in dem Jahr 1815 zur Theilung gekommene Vermögen betreffe, beantragt, und dabei behauptet haben, daß es an dem Kläger sey, die außer demselben noch zur Nachlassenschaft gehörigen Objecte namhaft zu machen;

Daß hiernach nur zu entscheiden war, ob außer den im Jahr 1815 auf die Verklagten vertheilten Gütern noch eine theilbare Erbschaftsmasse vorhanden war, und in wie fern diese dem Kläger vermöge des ihm hinterlassenen Prälegates zuerkannt werden müsse;

Daß dieser Standpunkt sich in zweiter Instanz auch nicht wesentlich verändert hat, indem der appellantische Antrag auch hier wieder zunächst auf Abweisung der Klage, in Ansehung aller in der Theilung vom 11. Juni 1815 begriffen gewesenen Güter gerichtet war, und aus dem dabei eingeschalteten Zusatz: „oder als die Appellanten, was sie damals erhalten haben, conferiren sollen" nicht mit Bestimmtheit zu entnehmen ist, daß sie den Theil des in der Theilung vom 11. Juni 1815 begriffenen Vermögens, welcher nicht ihnen, sondern ihrem Bruder Jakob zugefallen, von

demselben aber auf die Mutter zurückgefallen war, ohne Weiteres dem Kläger zu überlassen bereit seyen;

Daß es unter diesen Verhältnissen allerdings nothwendig war, zu untersuchen, ob jetzt schon angenommen werden könne, daß die Mutter bei ihrem Tode Vermögen hinterlassen habe, welches der Theilung vom J. 1815 ungeachtet ihrer weitern Verfügung unterlag, worin dieses Vermögen bestanden habe, und in wie fern ihr Verfügungsrecht darüber, durch die gesetzlichen Regeln über den Pflichttheil beschränkt gewesen seyen;

Daß der erste Richter nur die Constitution der Masse anbelangend festgesetzt hat;

Daß außer dem sonstigen von der Wittwe Holthaus etwa hinterlassenen Vermögen zur mütterlichen Masse zu rechnen sey;

1) Der Kaufpreis, der von der Erblasserin herrührenden und ihrem vorverstorbenen Sohne Jakob Holthaus in dem Jahr 1815 zugetheilten Immobilien.
2) Ein Viertheil des Kaufpreises des übrigen von dem Jakob Holthaus etwa hinterlassenen Vermögens.
3) Der Werth des von der Wittwe Holthaus ihren übrigen Kindern, dem Kläger und den Verklagten nemlich bei jener Theilung zugetheilten Vermögens nach Abzug der von den Kindern übernommenen Schulden, von welchem Gesammtwerth jeder Erbe ein Viertheil auf seine Erbportion conferiren muß, und daß derselbe demnach die Theilung dieser Masse in der Art, daß Kläger davon $^{7}/_{16}$, die Verklagten aber $^{3}/_{16}$ erhalten solle, angeordnet hat;

Daß die erste jener Bestimmung indessen sich durch den dafür angeführten Art. 747 des B. G. B. nur in so fern würde rechtfertigen lassen als die dem Jakob Holthaus in dem Jahre 1815 zugetheilten Güter alle als von einer Liberalität seiner Mutter herkommend betrachtet werden könnten, was aber bis jetzt noch als zweifelhaft anzusehn ist, indem nach dem Thatbestand des ersten Urtheils allerseits zugestanden worden ist, daß in jener Theilung vom J. 1815 auch die dem Eigenthum nach bereits auf die Kinder verfallenen väterlichen Güter einbegriffen worden sind, hiernach aber den Appellanten, wenn sie der Theilung der von Jakob Holthaus hinterlassenen Güter in der Art, wie dieselbe in

dem ersten Urtheil angeordnet worden ist, ferner widersprechen wollen, vorläufig aufzugeben ist, den Status, der sowohl väterlicher als mütterlicher Verlassenschaft beizubringen, um hiernach ermessen zu können, auf welche der dem Jakob Holthaus in dem J. 1815 zugetheilten Güter das spezielle Successionsrecht des Art. 747 des bürgerlichen Gesetzbuchs anzuwenden sey;

Daß die zweite der über die Constitution der mütterlichen Masse von dem ersten Richter getroffenen Bestimmungen keinem Bedenken unterliegen kann, indem dieselbe durch die Art. 748 u. 749 des B. G. B. vollkommen gerechtfertigt ist;

Daß die dritte jener Bestimmungen aber in so fern für die Appellanten verletzend ist, als dadurch diese in den Fall kommen könnten, von demjenigen, was ihnen in dem Jahr 1815 zugetheilt worden ist, irgend einen Theil wieder herauszugeben, was nicht nur, von dem Appellaten seinen Anträgen nach in erster Instanz nicht verlangt worden, sondern auch mit dem Art. 1079 des B. G. B. unvereinbarlich ist, wornach Theilungen der Eltern unter den Kindern in sofern wenigstens, als sie eine unerlaubte Begünstigung des einen Kindes nicht enthalten, auch von den Eltern selbst für unwiderruflich erklärt worden sind, was beides in der vorliegenden Sache der Fall ist, jedem Kinde ein unabänderliches Recht auf die ihm zugetheilten Güter geben, welches jeden Anspruch darauf von Seiten seiner Miterben ausschließt;

Daß aber in dem vorliegenden Falle dem Acte vom Jahr 1815 eine das Maaß des mütterlichen Verfügungsrechtes überschreitende Begünstigung des einen oder andern unter den Verklagten nicht vorgeworfen worden ist, und daß daher nur noch das darin nicht begriffene, und auf die Mntter nicht zurückgefallene Vermögen, Gegenstand einer weitern Theilung seyn, und nur in Beziehung auf dieses Vermögen die Frage, wie viel davon dem Kläger vermöge des zu seinen Gunsten errichteten Testamentes im Voraus zuzuerkennen sey, rechtlicher Erörterung unterworfen werden kann; daß diese Erörterung nun allerdings zu der Frage führt, ob die früher vertheilten Güter mit zu dem Ganzen zu rechnen seyen, wovon eine pars quota als verfügbarer Theil angesehen werden muß, jedoch nur mit der Wirkung, daß, je nachdem diese Frage bejaht oder verneint wird, ein größerer oder geringerer Theil des noch vorhandenen und nicht ver-

theilten Vermögens dem Kläger zuzuerkennen, nicht aber daß ihm irgend ein Recht auf die wirklich vertheilten Güter eröffnet werde;

Daß in diesem Sinne, die aufgeworfene Frage aber zu bejahen ist, indem die Unwiderruflichkeit der elterlichen Theilung nicht hindert, daß die jedem Kinde zugetheilten Güter als Erbportion zu betrachten, und auf deren Erbportion anzurechnen seyen, so daß demjenigen Kinde, welches in denselben seinen Pflichttheil wirklich erhalten hat, nicht noch ein anderer Pflichttheil in den unvertheilten Gütern zuerkannt werden könne, und es sich gefallen lassen muß, daß diese Güter, in so fern sie den mit Rücksicht auf den ganzen Vermögens-Zustand zu bestimmenden verfügbaren Theil nicht übersteigen, zu ihrem vollen Betrage einem Kinde zugetheilt werden, indem nicht angenommen werden kann, daß es die Absicht des Gesetzes, welches die Theilung der Eltern unter den Kindern, als ein zur Erhaltung der Familien-Einigkeit nützliches Mittel im Allgemeinen begünstiget, gewesen sey, damit für die Eltern den Nachtheil der Beschränkung ihrer Verfügungs-Befugniß in größerer Ausdehnung zu verbinden, als durch die Vertheilung bereits auf directem Wege geschehen war.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 28. Februar 1837, in sofern dadurch das von der Wwe Holthaus herrührende und dem Kläger und den Verklagten am 11. Juni 1815 zugetheilte Vermögen theilweise mit zu der Masse gezogen worden ist, von welcher dem Kläger 7/16 und den Verklagten 3/16 zuerkannt sind, erklärt an dessen Statt, daß dieses Vermögen zu der gedachten Masse, nur in sofern zu rechnen sey, als es darauf ankommt zu bestimmen, ob das nicht vertheilte und noch vorhandene Vermögen, ganz oder bis zu welchem Betrage der mütterlichen Verfügung unterlag, und im Voraus dem Kläger zu überlassen sey, jedoch ohne daß dadurch dem Kläger auf die damals an die Verklagten vertheilten Güter irgend ein Recht eröffnet werde; erklärt ferner, daß über die Frage, ob das von der Mutter herrührende, und dem Jakob Holthaus zugetheilte Vermögen, in Gefolge des Artikels 747 des B. G. B. ganz, oder gemäß Art. 748 u. 749 nur zu einem Viertheil in die jetzt noch theilbare Masse zu-

rückgefallen sey, noch zur Zeit, und so lange der Status der väterlichen sowohl als mütterlichen Verlassenschaft nicht festgestellt ist, nicht erkannt werden kann, gibt den Appellaten in sofern sie den Theil des Urtheils wovon, wodurch die dem Jakob Holthaus in dem J. 1815 zugetheilten Güter ganz zu der mütterlichen Masse gezogen worden sind, ferner bestreiten wollen auf: binnen peremtorischer 8wöchentlicher Frist nachzuweisen, daß und bis zu welchem Betrage diese Güter als Aequivalent der ihm dem Eigenthum nach bereits zugefallenen väterlichen Verlassenschaft zu betrachten gewesen seyen, behält sich nach Ablauf dieser Frist auf Anrufen des fleißigeren Theils das weitere Erkenntniß über diesen Punkt bevor, bestätigt das Urtheil wovon in allen übrigen Punkten und kompensirt die Kosten beider Instanzen.

III. Senat. Sitzung vom 28. Juni 1838.

Advokaten: Schöler — Stupp.

Cautio judicatum solvi. — Appellationsinstanz.

Der klagende Ausländer muß, wenn auch Appellat, in der Appellationsinstanz eine neue Caution stellen.

Winkel — Delabbeville.

Die in Belgien wohnhaften Geschwister Delabbeville belangten den Müller Winkel von Sommerau bei dem Landgerichte zu Trier auf Bezahlung eines Erbpachtrückstandes. Der Anwalt des Beklagten forderte vor Allem die cautio judicatum solvi, welche er aus dem Grunde, weil die Sache der Appell unterworfen sey, auf 60 Thlr. zu bestimmen antrug. Das Königl. Landgericht setzte sie auf 30 Thlr. fest, ohne in den Motiven oder dem Dispositiv seines Urtheils anzugeben, ob sie für die Appellationsinstanz mitgelte. Nachdem in der Sache nun noch vier Vorbescheide ergangen waren, erging das Endurtheil, in welchem die Kläger obsiegten. Diese hatten sich während des ganzen Prozesses als die fleißigste Partei gerirt und sämmtliche Urtheile ausgelößt. Winkel appellirte und sein Anwalt trug vor Allem auf Bestellung einer neuen Caution für die Appellationsinstanz resp. Erhöhung der frühern an, wogegen der appellatische Anwalt einwendete:

1) Beide Instanzen bildeten zwei Prozesse, die Appellaten seyen in dem neuen Beklagte;
2) Es sey bereits Caution für die Appellationsinstanz gestellt; 30 Thlr. reichten hin für beide Instanzen, da die Appellaten immer als betreibender Theil aufgetreten seyen;
3) in der Appellationsinstanz könne keine Caution gefordert werden, da der Art. 166 der B. P. O. vom Verfahren vor den Landgerichten spreche.

Hierauf erwiederte der appellantische Anwalt

ad 1) das Staatsraths-Gutachten vom 16. Februar 1807 sage zwar: „que les appels sont dans le fait le principe d'une nouvelle procédure," es füge aber um die genaue Verbindung mit der ersten Instanz zu bezeugen, hinzu: „qui s'introduit à la suite d'une précédente." Der Satz, daß beide Instanzen nur einen Prozeß bildeten, liege den Urtheilen des Appellhofs (Archiv, Bd. IX. Abth. 1. S. 227 u. Bd. X. Abth. 1. S. 181), zum Grunde. Die Qualität der Parteien habe sich keineswegs in der neuen Instanz geändert, da Delabbeville noch immer fortfahren von Winkel bestrittene Erbpachtrückstände zu fordern; (Merlin Rep. Mot. Caution judicatum solvi. Nr. IV. Archiv, Bd. XXVII. Abth. 1. S. 40.)

ad 2) Das Urtheil sage nicht, daß die 30 Thlr. Caution für die Appellationsinstanz mitgelten sollten, jedenfalls müßte aber die Forderung einer Erhöhung zulässig seyn, wenn für den Fall einer Reformation die Summe der selbst nicht betreibenden Verklagten die Kosten nicht decken könnte.

ad 3) Auch in der Appellationsinstanz könne eine Caution, selbst zum erstenmale, gefordert werden (Archiv, Bd. XXIII. Abth. 1. S. 175); es lasse sich gar nicht absehen, warum der ausländische Appellat befugt seyn solle, die Kosten der Appellationsinstanz dem verklagten Inländer nicht zu zahlen, der Art. 166 der B. P. O. sey nach Art. 470 ibid. auch bei den Appellationsgerichten anwendbar.

Urtheil:

J. E., daß die Appellaten in der ersten Instanz als Kläger aufgetreten, und demzufolge, da sie Ausländer

sind, nach den Verfügungen des Art. 16 des B. G. B. u. des Art. 166 der B. P. O. auf desfallsiges Verlangen des jetzigen Appellanten, als damaligen Beklagten, für die ihnen möglicher Weise zu Last fallenden Prozeßkosten Caution zu bestellen verbunden waren, eine solche Caution auch, in Folge des von dem damaligen Verklagten geäußerten Verlangens, zur Sicherheit für die Kosten der ersten Instanz wirklich bestellt haben;

J. E., daß die gegen ein Erkenntniß der ersten Instanz eingelegte Berufung nur die Fortsetzung der frühern Verhandlungen zum Behuf einer Abänderung jenes Erkenntnisses zum Zwecke hat, und daß daher in der Appellationsinstanz die ursprünglich eingetretene Stellung der Parteien nämlich als Kläger und Beklagter, ganz dieselbe bleibt;

Daß namentlich in dem Falle, wenn der ursprüngliche Kläger die Berufung einlegt, die darauf erfolgende Verhandlung eine fortgesetzte Geltendmachung der in erster Instanz abgewiesenen Klage, — und in dem Falle, wenn der Beklagte sich dieses Rechtsmittels gegen die wider ihn ausgesprochene Verurtheilung bedient, eine Fortsetzung seiner in der ersten Instanz begonnenen Vertheidigung gegen eben diese Klage darstellt;

Daß demnach die durch die angeführten Gesetze ausgesprochene Verbindlichkeit zur Cautionsleistung auch in der Berufungsinstanz noch fortbesteht.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rh. A. G. H. vor aller Verhandlung der Sache die Appellaten für verbunden, dem Appellanten zur Sicherheit für die Prozeßkosten und etwaige Entschädigung eine fernere Caution im Betrage von 40 Thlr. zu bestellen, und verurtheilt dieselben in die Kosten dieses Inzidentpunktes.

II. Senat. Sitzung vom 19. Juli 1838.

Advokaten: von Hontheim — Holthof.

Handelsschuld. — Novation. — Kompetenz.

Durch Novation in Ansehung der Person des Schuldners kann eine Forderung ihre kommerzielle Natur verlieren und die Kompetenz des Handelsgerichtes wegfallen.

Scherer — Vacano.

Peter Jost, Gastwirth in Trier war dem Rentner Vacano daselbst für verkauften Wein und Brandwein 250 Thl. schuldig geworden. Nach Jost's Tode stellte dessen Schwiegersohn, der Hufschmidt Scherer, dem Vacano über die fragliche Schuld folgendes Billet aus: „Trier den 11. Februar 1836. Gut für 250 Thlr. Pr. Cr. Den 11. November 1836 zahle ich Unterschriebener gegen diesen meinen Wechsel an Johann Jakob Vacano oder an dessen Verordnung die Summe von 250 Thlr. wie auch die Zinsen davon vom 1. Oktober 1835 an à 6 Prozent vom Jahr. Den Werth empfangen. Gut für obige Summe. Mathias Scherer."

Den Rest dieser Schuld klagte Vacano mit 150 Thlr. gegen Scherer am Handelsgerichte zu Trier ein, welches sich für kompetent erklärte. Hiegegen Appellation von Seiten Scherer, dessen Anwalt anführte: die Schuld sey von Scherer nicht zum Betriebe seines Handels gemacht, sie sey in seinen Händen zu einer Civilschuld geworden. Nach der Ansicht des appellatischen Anwaltes ließ sich von zweien nur eins denken, entweder man geht auf die ursprüngliche Natur der Schuld zurück, so ist sie eine Handelsschuld; oder man hält sich ans Billet allein, so handelt es sich nach Art. 638 Nro. 2. des H. G. B. ebenfalls von einer Handelsschuld, da der unterzeichnete Hufschmidt, sohin Handelsmann ist.

Urtheil:

J. E., daß der Entstehungsgrund des von dem Appellanten unter dem 11. Februar 1836 ausgestellten Billets von dem Appellaten selbst dahin angegeben wird, daß dasselbe den Rest einer Forderung bilde, welche ihm der Schwager des Appellanten für gelieferten Wein verschuldet habe, und die nach dem Tode des ursprünglichen Schuldners von dem Appellanten übernommen worden sey;

Daß demnach von einer persönlichen Schuld des Appellanten, welche derselbe zum Betriebe seines Handwerks als Hufschmidt kontrahirt hätte, und über welche nach dem Artikel 636 u. 638 des H. G. B. das Erkenntniß dem Handelsgerichte wohl zustehen dürfte, hier nicht die Rede seyn kann, und in dieser Hinsicht die von dem Appellanten vorgebrachte Inkompetenz-Einrede rechtlich begründet erscheint.

Daß aber auch, wenn gleich die Forderung des Appellaten dem ursprunglichen Schuldner gegenüber wegen seiner

angeblichen Qualität als Weinwirth von kommerzieller Natur war, und nach dessen Tode diese Natur gegen seine Erben unverändert beibehielt, dies jedoch gegen den Appellanten, der keineswegs sein Erbe geworden ist, nicht angenommen werden kann;

Daß vielmehr durch die Substitution des hierzu nicht verpflichteten Appellanten an die Stelle der Erben des ursprünglichen Schuldners eine vollständige Novation im Sinne des Art. 1271 Nro. 2. des B. G. B. bewirkt ward, wodurch die Verbindlichkeit des alten Schuldners erlosch, und die kommerzielle Natur, welche die Forderung gegen diesen haben konnte, in die Natur eines einfachen Darlehns gegen Jenen sich umwandelte, welches zur Kompetenz des Handelsgerichts nicht geeignet ist;

Daß in dieser Lage der Sache die in dem Subsidiar-Antrage des Appellaten artikulirten Thatsachen als unerheblich erscheinen, der Beweis derselben mithin unzulässig ist.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Kön. Handelsgerichts zu Trier vom 12. April 1838 und erklärt an dessen Statt das Handelsgericht für inkompetent über die angestellte Klage zu erkennen, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen und verordnet die Rückgabe der Geldbuße.

II. Senat. Sitzung vom 19. Juli 1838.

Advokaten: Haas — von Hontheim.

Nachbarrecht. — Gemeinde-Mitgliedschaft.

Nachbarrecht bedeutet ohne weiters im Großherzogthum Berg Mitgliedschaft einer Gemeinde.

Gemeinde Caldauen — Höck u. Cons.

Die Gemeinde Caldauen im Siegkreise besitzt seit alten Zeiten einen Gemeinde-Wald, wovon früher vor und nach einzelne Parzellen gerottet und von den Nachbarn, welche unter der früheren Verfassung das Nachbarrecht durch Einkauf erworben hatten, benutzt, aber nicht auf ihre Erben vererbt wurden, auch nicht veräußert werden konnten, und beim Verziehen eines Nachbarn verloren wurde.

Unter dem Großherzogthum Berg trat eine neue Gemeindeverwaltung ein, und die befragten Ländereien wurden

zum besten der Gemeinde öffentlich verpachtet, auf 10 Jahr. Im Jahr 1820 wieder, und im Jahr 1833 nochmals. Gegen diese letztere Verpachtung protestirten 52 Einwohner, indem sie behaupteten, daß diese Ländereien nicht der Gemeinde, sondern ihnen, welche das Nachbarrecht erworben hätten, gehörten, und daß sie solche durch den Notar von Proff unter sich im Jahr 1824 vertheilt hätten. Von den 52 Opponenten traten 44 zurück, 8 aber beharrten bei ihrer Behauptung.

Die Gemeinde Caldauen, gehörig autorisirt und repräsentirt durch ihren Bürgermeister, belangte diese acht, nämlich Johann Höck und Cons. um urtheilen zu hören, „daß die fraglichen von den Beklagten besessen werdende Ländereien als Eigenthum der Gemeinde erklärt und dieselben unter Verwerfung ihres Einspruchs zur Abtretung mit Schaden und Kosten schuldig erklärt werden." Diese acht Beklagten bestritten das Eigenthum der Gemeinde; diese artikulirte das zuvor angegebene Verhältniß, und sie wurde durch Urtheil vom 3. Juni 1835 zum Beweise darüber zugelassen. Dieser Beweis wurde auch durch Zeugen geführt; das Königliche Landgericht fand aber darin nicht den Beweis des Gemeinde-Eigenthums und wies durch Urtheil vom 1. Mai 1836 die Gemeinde mit ihrer Klage kostenfällig ab.

Hiergegen appellirte die Gemeinde an den Königl. Rh. A. G. H. Es wurde hier ausgeführt, daß das Nachbar-Verhältniß nichts anders, als das Gemeinde-Verhältniß gewesen, und der Appellations-Gerichtshof reformirte auch das Landgerichtliche Urtheil und erkannte der Gemeinde ihre Anträge mit den Kosten zu; unter andern aus folgenden Erwägungs-Gründen.

J. E., daß sowohl aus den Aussagen der Beweis- als Gegenbeweiszeugen ungezweifelt hervorgeht, daß die fragliche Grundstücke stets zu dem der appellantischen Gemeinde zugehörigen Walde gehört haben;

Daß dieser Wald sowie die dazu gehörigen gerotteten Grundstücke nur von solchen Einwohnern benutzt worden sind, welche sich durch Einkauf das Nachbarrecht (Mitgliedschaft der Gemeinde) erworben hatten; daß das Nachbarrecht an sich als ein Communal-Verband zu betrachten war, und eine andere in der Gemeinde bestandene Societät eben so wenig vermuthet werden kann und darf, als sie bewiesen ist;

Daß ferner aus den Zeugen=Verhören hervorgeht, daß das Nachbarrecht niemals auf die Erben des Privaten überginge, sondern vielmehr im Falle des Todes oder Verziehens eines Mitglieds aus der Gemeinde verloren wurde. ꝛc.

II. Civil=Senat. Sitzung vom 7. Juni 1838.

Advokaten: Schöler — Klein — Forst.

Verjährung (zehnjährige, dreißigjährige).

Die frühere 30jährige Verjährung kann wider denjenigen, welcher 10 Jahre gemäß einen rechtmäßigen Titel und in gutem Glauben besessen hat, nicht in Anspruch genommen werden.

Boismard — Giesler.

Der Rentner Giesler, beziehungsweise sein Autor Knobel, besaß auf den Grund eines gültigen Erwerbtitels das Schloß Falkenlust nebst Umgebung, umgeben mit Graben seit 10 Jahren, als der Gutsbesitzer Boismard, dessen Ländereien zum Theil an diese Gräben anschießen, vor dem Kön. Landgerichte zu Köln diese Gräben ganz oder doch wenigstens ihre Hälfte als zu seinen Ländereien gehörig in Anspruch nahm. Er wurde jedoch mit dieser Klage nach einer Ortsbesichtigung, woraus sich ergab, daß diese Gräben ihrer Lage nach und gemäß den vorgefundenen Grenzsteinen zu dem Schlosse nnd seiner Umgebung gehörten, abgewiesen.

Bei der von Boismard ergriffenen Berufung stellte derselbe die Behauptung auf, und erbot zu beweisen, daß seine Autoren bereits im Jahre 1807 die 30jährige Verjährung für sich gehabt hätten.

Der Königl. Rh. A. G. H. verwarf mit der Berufung auch dieses Beweiserbieten aus folgenden Motiven:

J. E., daß die Rechtsvorgänger des Appellaten dadurch, daß sie die gegenwärtig noch vorhandenen Grenzsteine setzten, sich offenbar als Eigenthumsbesitzer, der innerhalb der bezeichneten Grenzen befindlichen Grundstücke darstellten;

Daß Appellat und beziehungsweise sein Autor Knobel das Gut Falkenlust mit den also bestimmten Grenzen im Jahr 1825 durch einen rechtmäßigen Titel an sich gebracht und länger als 10 Jahre vor Anstellung der Klage in gutem Glauben besessen, und somit diejenigen Grundstücke, de=

ren Eigenthum nicht schon durch den Titel selbst auf sie überging, durch Verjährung erworben haben;

Daß, wenn sonach das Eigenthum des in Rede stehenden Grundes und Bodens durch eine in jüngerer Zeit vollendete Verjährung festgestellt ist, die Frage, ob die Autoren des Appellanten im Jahr 1807 eine Verjährung für sich hatten in Anspruch nehmen können, als unerheblich erscheint, und daher das in dem Hauptantrage des Appellanten reproduzirte Beweis-Anerbieten von dem ersten Richter mit Recht nicht berücksichtigt worden ist.

I. Senat. Sitzung vom 11. Juni 1838.

Advokaten: Lautz — Schöler.

Handelssachen. — Schiedsrichter. — Urtheile derselben — Berufung.

Sind die Urtheile der Zwangsschiedsrichter ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes stets der Berufung unterworfen oder erkennen diese Schiedsrichter auch ohne Berufung in denjenigen Fällen, in welchen die Handelsgerichte in letzter Instanz zu entscheiden befugt seyn würden?

Bill — Zimmer.

J. E., daß der Vorschrift des Art. 51 des H. G. B. zufolge, jede Streitigkeit unter Gesellschaftern und wegen der Gesellschaft durch Schiedsrichter entschieden werden muß;

Daß hiernach für Streitigkeiten dieser Art die Schiedsrichter den Handelsgerichten substituirt worden sind und rücksichtlich derselben als die gesetzlichen Richter erscheinen;

Daß daher die von diesen Zwangsschiedsrichtern ausgehenden Entscheidungen dieselbe rechtliche Wirkung haben müssen, welche das Gesetz den Entscheidungen des gewöhnlichen Handelsgerichts beilegt;

Daß folglich dieselben in allen denjenigen Fällen als in letzter Instanz erlassen zu betrachten sind, in welchen die Handelsgerichte in letzter Instanz zu entscheiden befugt gewesen seyn würden, und daß unter dieser Beschränkung die Zulässigkeit der durch den Art. 52 des H. G. B. im Allgemeinen verstatteten Appellation gegen die Urtheile der Zwangs-

schiedsrichter beurtheilt werden muß; daß diesem die Vorschrift des Art. 1023 der B. P. O. ebenfalls nicht widerspricht, indem wenn sich durch dieselbe die Behauptung, daß nämlich die Urtheile der Schiedsrichter ohne Rücksicht auf die Höhe des Streitgegenstandes stets der Berufung unterworfen sind, auch wirklich rechtlich begründen ließe, dieses dennoch nur auf die Urtheile der compromissorischen Schiedsrichter, das heißt auf die Entscheidungen solcher Schiedsrichter zu beschränken seyn würde, welche ihre Befugnisse nur durch die Uebereinkunft der Parteien erhalten haben, keineswegs aber auf die Urtheile der Zwangsschiedsrichter würde ausgedehnt werden können, deren Wirksamkeit durch das Gesetz selbst begründet wird.

J. E., daß in dem vorliegenden Falle der ursprüngliche Klage-Antrag des Appellaten dahin gerichtet war, daß der Appellant verurtheilt werden möge, einen Saldo von 48 Thlr. 7 Sgr. 8 Pfg. mit den Zinsen zu 6 Prozent seit dem Tage der Klage zu zahlen, so wie für Lumpen, welcher ein gewisser Claudius Seiler abgeliefert hat, den Betrag von 13 Thlr. 4 Sgr. 9 Pfg. und an entbehrtem Gewinn dafür 2 Thlr. zu entrichten.

Daß über diesen Klagegegenstand das Handelsgericht, nach Art. 639 des H. G. B., in letzter Instanz zu entscheiden gehabt haben würde und daß mithin eben dasselbe auch in Ansehung der Entscheidung der für den vorliegenden Rechtsstreit dem Handelsgerichte gesetzlich substituirten Zwangsschiedsrichter Statt finden muß.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das am 30. August 1837 abgefaßte und am 4. September desselben J. von dem Präsidenten der Ferien-Kammer des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken für vollstreckbar erklärte Schiedrichterliche Urtheil eingemittelte Berufung als unannehmbar und verurtheilt den Appellanten in die Kosten der Appellationsinstanz, so wie in die gesetzliche Succumbenzstrafe.

II. Senat. Sitzung vom 21. Juni 1838.

Advokaten: Lautz — von Hontheim.

Urtheil (präparatorisches, interlokutorisches).

Ist das Erkenntniß, welches eine Statt gehabte Schriftvergleichung für unzureichend erklärt, und die Aufnahme einer anderweitigen verordnet, als bloß präparatorisch oder als interlokutorisch zu betrachten?

Heiming — van Gemmern.

Durch ein Urtheil des Rh. Appellations-Gerichtshofes vom 15. März 1837 wurde dem van Gemmern aufgegeben, die Aechtheit des angeblichen olographischen Testaments des Canonicus Heiming de dato Keppeln den 12. Oktbr. 1829 zu beweisen.

Diesem zufolge verordnete ein späteres Erkenntniß des Königl. Landgerichtes zu Cleve vom 5. August desselben J. die Verifikation des fraglichen Testaments durch Urkunden, Zeugen und Sachverständige und die durch dasselbe Urtheil ernannten Sachverständigen sprachen in ihrem am 9. und 10. Januar selb. J. abgefaßten gutachtlichen Berichte sich dahin aus: daß das in Rede stehende Testament von dem Canonicus Heiming weder geschrieben noch unterschrieben sey.

Mit Rücksicht auf dieses Gutachten der Sachverständigen richteten die Erben des Ackersmannes Theodor Heiming in der ersten Instanz ihren Antrag dahin, daß der durch das vorhin bezogene Urtheil des Rh. A. G. H. vom 15. März 1837 auferlegte Beweis für nicht geführt erklärt, der van Gemmern mit aller fernern Beweisführung präkludirt und zu der Herausgabe des dritten Theils des Nachlasses des Canonicus Heiming verurtheilt werden möge.

Dahingegen wurde von dem van Gemmern subsidiarisch auf eine neue Vergleichung der Schrift des fraglichen Testamens angetragen und der erste Richter gab durch Erkenntniß vom 24. Februar 1838 diesem Antrage Statt.

Der hiergegen eingelegten Berufung wurde die Einrede der Unannehmbarkeit entgegesetzt und die Frage, ob diese Einrede gegründet sey, hing von der Entscheidung der Vorfrage ab, ob das Erkenntniß, welches die neue Schriftvergleichung verordnet hatte, als ein bloß präparatorisches zu betrachten sey oder aber die Eigenschaft eines Interlokuts habe; denn war das fragliche Urtheil nur als ein präparatorisches zu betrach-

ten, so mußte, ehe davon appellirt werden konnte, das Endurtheil abgewartet werden, wohingegen schon vor dem Endurtheile appellirt werden konnte im Falle das Urtheil als ein Interlokut anzusehen war.

In dieser Hinsicht entschied der Königl. Rh. A. G. H. folgendermaßen:

J. E., daß der Bestimmung des Art. 452 der B. Pr. O. zufolge nur solche Erkenntnisse als präparatorische zu betrachten sind, welche bloß prozeßleitende, oder doch nur solche Verfügungen enthalten, durch welche die künftige schließliche Entscheidung der Sache, ohne jedoch unmittelbar auf diese letztere auf irgend eine Weise einzuwirken, nur im Allgemeinen vorbereitet wird;

Daß dahingegen alle andere Zwischen-Erkenntnisse, welche auf die Entscheidung der Sache selbst in irgend einer Beziehung Einfluß äußern können, indem sie die Ansicht des erkennenden Richters über die Sache selbst, entweder ausdrücklich, oder auch nur stillschweigend zu erkennen geben, als wirkliche Interlokute zu betrachten sind, gegen welche den Parteien auch schon vor der Erlassung des Endurtheils das Rechtsmittel der Abberufung gesetzlich zusteht.

J. E., daß, beurtheilt man nach diesen, aus den Bestimmungen der Art. 451 u. 452 der B. P. O. hervorgehenden Grundsätzen das Urtheil wovon, es keinem gegründeten rechtlichen Bedenken unterliegen kann, daß dasselbe ein wirkliches Interlokut und nicht bloß präparatorisch ist, da dasselbe auf die contradictorischen Anträge der Parteien eine bereits Statt gehabte Expertise für unzureichend erklärt, die Aufnahme einer anderweitigen Expertise verordnet, und auf diese Weise auf die künftige schließliche Entscheidung der Sache in sofern einwirkt, als folgerecht angenommen werden muß, daß der erkennende Richter der rechtlichen Meinung sey, daß die für die Unächtheit des fraglichen Testamentes bisher beigebrachten Beweise als unzureichend erscheinen;

Daß durch dieses Erkenntniß, so wie durch die demselben zum Grunde liegende Ansicht, oder durch die in Gemäßheit derselben erfolgende neue Expertise, der erkennende Richter bei der Abfassung des künftigen Endurtheils zwar nicht gebunden, vielmehr ganz abgesehen hiervon die Sache zu entscheiden befugt ist;

Daß aber dieser Umstand auf die Entscheidung der Frage in wie fern ein ergangenes Zwischen-Erkenntnis bloß präparatorisch oder aber interlokutorisch ist, kein Einfluß äußern kann, da einmal, nach bekannten Rechtsgrundsätzen, Zwischen-Erkenntnisse den Richter bei der schließlichen Entscheidung der Sache überhaupt nicht binden, und folglich, wäre dieser Umstand maßgebend, es überhaupt kein Interlokut geben würde; dann aber auch die bloße Möglichkeit, daß der erkennende Richter bei einer in einem erlassenen Zwischen-Erkenntniß in Beziehung auf die Hauptsache, sey es nun ausdrücklich oder aber folgerecht ausgesprochenen Ansicht, beharren wird, als präjudizirlich für die Hauptsache erscheint und eben dadurch dem betreffenden Zwischen-Erkenntnisse die Eigenschaft eines Interlokuts gibt;

Daß hiernach der Einwand der Unzulässigkeit der Berufung nicht gegründet ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die der Berufung entgegengesetzte Einrede der Unannehmbarkeit u. s. w.

II. Senat. Sitzung vom 6. Juli 1838.

Advokaten: Stupp — Bauerband.

Testament. — Kinder.

Sind unter dem, in einem Testamente gebrauchten Ausdrucke „Kinder" auch die natürlichen Kinder verstanden?

Wolff — Wessendorf.

Peter Kemper machte folgende letzwillige Verfügung:

„Sollen die Kinder meines verlebten Bruders Joh. Heinrich und meiner verlebten Schwester Louise meine Universalerben seyn, und zwar nicht nach Stämmen sondern nach Köpfen, so daß jedes Kind der beiden benannten Schwester und Bruder soviel erhält als das andere, es sey vom Bruder oder Schwester. Ist eins von diesen gestorben ohne Kinder zu hinterlassen, so wird sein Theil unter alle übrigen gleich vertheilt; hat er aber Kinder hinterlassen, so treten seine Kinder insgesammt an seine Stelle und erhalten ihren Theil anstatt seiner."

Diese testamentarische Verfügung gab Anlaß zu einem Rechtsstreite über die Frage:

„Ob die Sophia Helldorf, natürliche Tochter der unmittelbar als Erbin berufenen, aber vor dem Testator verstorbenen Maria Catharina Nagel nach Maßgabe des letztern Theils der Verfügung an die Stelle ihrer natürlichen Mutter getreten sey?"

Das Königl. Landgericht zu Köln entschied diese Frage durch Urtheil vom 31. August 1837 affirmative und der Königliche Rhein. A. G. H. verwarf die hiergegen eingelegte Berufung wie folgt:

J. E., daß es bei Entscheidung der vorstehend aufgestellten Frage, wie der Richter a quo mit Recht bemerkt, auf die aus dem Testamente selbst sich ergebende Absicht und Willen des Testators ankommt;

Daß nun die Absicht des Testators augenfällig dahin ging, die Intestat-Erbfolge seiner zu Menden und der Umgegend wohnenden Geschwister-Kinder und deren Kinder dahin abzuändern, daß die Geschwister-Kinder nicht nach Stämmen, sondern nach Köpfen erben, die sämmtlichen Kinder eines jeden vor dem Testator verstorbenen Geschwisterkindes den Antheil ihres verstorbenen Vaters oder ihrer verstorbenen Mutter erhalten sollen;

Daß daher anzunehmen ist, der Testator habe unter dem Ausdruck Kinder alle diejenigen Kinder verstanden, welche ihren Vater oder ihre Mutter beerben;

Daß nun aber die Maria Catharina Nagel unter der Herrschaft des allgemeinen Landrechts verstorben ist, und also ihre uneheliche Tochter ein gleiches gesetzliches Erbrecht mit den ehelichen Kindern hatte;

Daß daher die Klage der Appellaten auf Rechnungslage zugelassen werden mußte.

III. Senat. Sitzung vom 4. Juli 1838.

Advokaten: Müller — Bauerband.

Falliment. — Syndike. — Solidarität.

Sind mehre Syndike für ein Falliment ernannt, ohne daß einem jeden derselben ein besonderer Geschäftszweig angewiesen worden, so haften sie solidarisch.

Wülfing, als Syndik des Falliments von Diederichs und Consf. — die Generaldirection der Seehandlungs-Gesellschaft in Berlin.

J. E. auf die Behauptung der Appellatin, daß das angegriffene Urtheil freiwillig vollzogen, und die nachher dagegen eingelegte Berufung mithin unzulässig sey.

J. E., daß diese Behauptung in ihrer faktischen Beziehung durch den unbestritten von dem Mitsyndik Eisenlohr unterm 21. Dezember 1837 ausgestellten Act als vollkommen erwiesen vorliegt, und nur zu untersuchen ist, ob dieser Act, obgleich nur von Einem der Definitiv-Syndiken ausgegangen die rechtliche Wirkung einer förmlichen Beruhigung bei dem angegriffenen Urtheile zur Folge haben muß.

J. E., daß den Syndiken eines Falliments von dem Gesetze selbst ihre Verrichtungen und Verbindlichkeiten angewiesen werden, daß sie nicht als Mandatare, die ihre Vollmacht von den Parteien erhalten, anzusehen sind, indem die Gläubiger verbunden sind, sich durch die Syndiken repräsentiren zu lassen und nicht verhindern können, daß die Verwaltung des Falliments den Syndiken anvertraut werde, daß also von einer vertragsmäßigen Solidarität nicht die Rede seyn kann, sondern vielmehr, wie bei den Vormündern und sonstigen gerichtlich angestellten Verwaltern, Sequestern und dergleichen mehr in ihrer Hinsicht die Grundsätze der gesetzlichen Solidarität in Anwendung treten;

Daß demnach, wenn die Ausdehnung der Geschäfte eines Falliments die Ernennung mehrerer Syndiken erheischt, ohne daß Jedem ein besonderer und getrennter Zweig der Geschäfte überwiesen wird, dieselben, der Natur ihrer Functionen nach, eine ihnen allen gemeinschaftliche Verwaltung übernehmen, und dadurch eine untheilbare Verbindlichkeit eingehen, so daß jede von Einem derselben vorgenommene Handlung als von Allen ausgegangen zu betrachten ist, deren Folgen mithin auch alle treffen müssen;

Daß daher der oben erwähnte von dem in den Qualitäten des angegriffenen Urtheils mit figurirenden Appellantischen Syndik Friedrich Eisenlohr ausgestellte, und im Namen beider Syndiken unterschriebene Act vom 21. Dezember 1837 als eine gemeinschaftliche Beruhigung beider Syndiken

bei dem gesagten Urtheil betrachtet werden muß, wogegen die spätere Berufung nicht zulässig ist.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 9. Novbr. 1837 eingelegte Berufung für unannehmbar und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 7. Juni 1838.

Advokaten: Bauerband — Müller.

Pfandvertrag. — Künftige Schuld.

Ditges — Oppenheim.

Der Pfandvertrag verleiht zwar nur ein Pfandrecht, wenn eine wirkliche Schuld vorhanden ist; doch kann der Vertrag über die Einräumung eines Pfandrechtes auch für eine noch zu kontrahirende Schuld geschlossen worden.

In diesem Falle nimmt das Pfandrecht erst mit der wirklichen Existenz der Schuld seinen Anfang, da die Entstehung dieser Schuld die wesentliche Voraussetzung verwirklicht, unter welcher die Einräumung geschehen ist.

III. Senat. Sitzung vom 28. Juni 1838.

Advokaten: Bauerband — Holthoff.

Zinsenrückstand. — Appellable Sache.

Wird die Forderung eines Zinsenrückstandes unter 1000 Frc. vom Beklagten aus dem Grunde bestritten, weil er das Kapital selbst nicht schulde oder weil er Gegenforderungen habe, (ohne daß er deshalb einen Gegenanspruch macht) so ist um deswegen die Sache nicht für eine appellable zu halten.

Klein — Schwick.

J. E., daß der Zahlungsbefehl, gegen welchen der Appellant die Opposition eingelegt hat, bloß auf die Summe von 137 Thlr. 9. Sgr. 8 Pf. lautet;

Daß der Appellant seine Opposition mit der Behauptung zu begründen suchte, daß er das Kapital, von welchem

der Zinsenrückstand gefordert werde, zu bezahlen nicht schuldig sey, indem es den Rest eines Kaufpreises von Immöbeln bilde, auf welchen verschwiegene Hypotheken hafteten, und daß er auch Gegenforderungen habe;

Daß aber die erste dieser Behauptungen einzig nur als Einrede gegen die Forderung anzusehen ist, wegen der Andern aber kein Reconventionsanspruch von ihm gemacht, sondern lediglich auf Aufhebung des Zahlungsbefehls angetragen wurde;

Daß mithin bloß die geforderten 137 Thlr. 9 Sgr. 8 Pf. den Gegenstand der Contestation bilden, welche aber die appellable Summe bei weitem nicht erreichen.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rh. A. G. H. in contumaciam des appellantischen Anwalts die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Cöln vom 8. Januar 1835 eingelegte Berufung für unannehmbar und verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 1. Juni 1838.

Advokat für den Appellaten: Bleißem.

Theilung. — Acte. — Begriff des letztern Ausdrucks.

Unter dem im Art. 816 des B. G. B. vorkommenden Ausdruck „Act" ist auch das Rechtsgeschäft der Theilung zu verstehen.

Klein — Klein.

In der zwischen den Erben Klein bei dem Königl. Landgerichte zu Saarbrücken verhandelten Theilungssache wurde von dem Beklagten behauptet, daß bereits gültig getheilt worden sey. Zum Beweise dieser Einrede wurde den Klägern der Entscheidungseid zugeschoben. Ein am 6. Juni 1837 zu Saarbrücken erlassenes Urtheil erklärte dieses Beweismittel für unzulässig, sich darauf stützend, daß nach Artikel 816 des B. G. B. die Theilung verlangt werden könne, wenn nicht ein Theilungsact errichtet worden, oder Verjährung eingetreten ist; daß auch der Art. 819 a. a. O., welcher für den Fall, daß alle Betheiligten großjährig und anwesend sind, diesen gestattet, die Theilung in beliebiger Form und durch welchen Act sie wollen vorzunehmen, mit

dem Art. 816 nicht im Widerspruch, vielmehr im Einklang stehe, da die Worte „Form und Act" gleichzeitig gebraucht worden sind;

Daß unter dem Worte „Act" nach der natürlichen und dem Sprachgebrauche des Gesetzgebers unzweifelhaft immer nur die Verbriefung eines Rechtsgeschäfts verstanden werde;

Daß demnach eine vorhergegangene mündliche Theilung der Anstellung der Theilungsklage nicht entgegen stehe, und daher auf die Ableistung des deferirten Eides nicht habe erkannt werden können.

Auf die gegen dieses Urtheil ergriffene Berufung erkannte der A. G. H. reformatorisch wie folgt:

J. E., daß der Ausdruck „Act" in den Gesetzen sowohl in dem speziellen Sinne einer in eine schriftliche Form gebrachten Rechtshandlung, als auch in dem allgemeinen Sinne vorkommt, in welchem er ein Rechtsgeschäft überhaupt, ganz abgesehen von einer bei solchem Statt findenden Form bedeutet;

Daß weder die Fassung des Art. 816 des B. G. B., noch andere bei dessen Auslegung in Betracht zu ziehende Umstände es mit sich bringen, daß mit dem in solchem vorkommenden Worte „Acte" nothwendig der Begriff eines schriftlichen Actes zu verbinden wäre;

Daß die mittels Eideszuschiebung beabsichtigte Beweisführung über den Abschluß und den Inhalt der nach Angabe der Appellanten über die Theilung geschlossenen, wenn auch nur mündlichen, Vereinbarung an sich gesetzlich statthaft erscheint.

Aus diesen Gründen

gibt der Königl. Rh. A. G. H., bevor er über die gegen das am 6. Juui 1837 vom Königl. Landgerichte zu Saarbrücken erlassene Urtheil eingelegte Berufung definitiv erkennt, den Appellaten auf, den ihnen zugeschobenen Eid auszuschwören, nämlich u. s. w.; behält die fernere Entscheidung in der Sache und über den Kostenpunkt vor.

I. Senat. Sitzung vom 14. Februar 1838.

Advokaten: Haas — von Hontheim.

Notarien. — Disziplinarverfahren. — Oeffentlichkeit.

In Disziplinarsachen wider Notarien ist das Verfahren öffentlich.

Müller — öffentl. Ministerium.

I. E., daß das Disziplinar-Verfahren gegen Notarien nach der verfassungsmäßigen Regel in öffentlicher Audienz Statt haben soll;

Daß in der Allerhöchsten Kabinetsordre vom 21. Juli von dieser Regel keine Ausnahme zu finden ist, indem der angeführte Art. 6 nur von denjenigen Beamten verstanden werden kann, deren Dienstvergehungen der eigentliche Gegenstand des Gesetzes war, und in deren Hinsicht für das Disziplinar-Verfahren schon früher die Oeffentlichkeit gesetzlich ausgeschlossen war, welches unverkennbar aus dem Sinne, und noch mehr aus den Worten, daß es nämlich bei dem bisherigen Ausschluß der Oeffentlichkeit sein Bewenden behalten soll, aufs deutlichste hervorgeht.

Aus diesen Gründen

verordnet der Königl. Rh. A. G. H. unter Verwerfung des Antrags des öffentlichen Ministeriums den Vortrag zur Hauptsache.

II. Senat. Sitzung vom 19. Mai 1838.

Advokat für den Appellanten Holthoff.

Grundrente. — Besitzstand. — Zeugen-Beweis.

Wittwe Komes — Pfarrkirche zu Elsen.

Wird auf Leistung einer Naturalgrundrente resp. der Rückstände dieser Rente geklagt, so ist, in Ansehung der Frage, welche Beweismittel zur Begründung solcher Klage als zulässig zu erkennen seyen, auf den Art. 4 des Dekrets vom 9. Vend. J. XIII. zurückzugehen, da in dieser Beziehung dies Gesetz durch die Allerh. Kabinetsordre vom 29. Oktober 1835 nicht aufgehoben worden ist.

Hiernach kann aber ein Beweis durch Zeugen über die seit 1794 fortgesetzte Zahlung der Rente nur in so fern gestattet werden, als wenigstens der Besitzstand mit irgend einer als Recognition der Rente anzusehenden Urkunde in Verbindung steht.

III. Senat. Sitzung vom 4. April 1838.

Advokaten: Hardung — Stupp.

Contumazial-Urtheil. — Vollstreckung.

Ein gegen die Partei ergangenes Contumazial-Urtheil ist dann für vollstreckt zu halten, wenn die Partei, zu deren Vortheil dasselbe erlassen wurde, erklärt, daß sie es vollstreckt halte.

Gemeinde Züsch — Weber u. Cons.

Die Stockhausbesitzer der Gemeinde Züsch ließen am 13. Mai 1836 der Gemeinde Züsch einen Act zustellen, in welchem sie sich dem Verkaufe einiger Loh- und Rothhecken widersetzten; zugleich ließen sie die Gemeinde an das Landgericht von Trier abladen, um sich daselbst als Eigenthümer der genannten Grundstücke erklären zu hören. Am 21. November 1836 Contumazial-Urtheil wodurch dies geschah. Am 16. März 1837 ward dies Urtheil der Gemeinde Züsch zugestellt und am 17. Mai ein Act, worin der Gerichtsvollzieher erklärt: „daß sich die Requirenten bereits in den reellen Besitz und Genuß der in Rede stehenden Loh- und Rothhecken gesetzt haben und sich somit als wirkliche Eigenthümer derselben angesehen haben wollen, sowie auch in Betreff dieses Punktes das fragliche Urtheil als vollzogen halten und in Bezug des Kostenpunktes sie eine Anweisung zur Zahlung der bereits entstandenen Kosten bei der Königlichen Hochl. Regierung nachsuchen werden."

Gegen dies Urtheil vom 21. November 1836 legte die Gemeinde Züsch den 15. Juni 1837 die Berufung ein, der die Appellaten folgende zwei Einreden entgegensetzten: Entweder

1) sagten sie, ist das fragliche Urtheil noch nicht exequirt (Art. 159 der B. Pr. O.); demnach nur Opposition, nicht Appellation zulässig, (Art. 158 u. 455 ibid). Ja das Urtheil ist sogar perimirt (Art. 156 ibid.) oder
2) es ist exequirt, dann ist es faktisch anerkannt, und deswegen keiner Appellation mehr empfänglich.

Der Rh. A. G. H. verwarf diese Einwendungen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 21. November 1836 ein wegen Nichtbestellung eines Anwaltes erlassenes Contumazial-Urtheil ist;

Daß gegen solche Contumazial-Urtheile nach Art. 158 der B. P. O. das Rechtsmittel des Einspruchs bis zur Vollstreckung einschließlich zuläßig ist, und nach Art. 443 l. c. vom Tage, wo der Einspruch nicht mehr zuläßig, die Frist zur Einlegung der Berufung zu laufen anfängt;

Daß, da zufolge des Actes vom 17. Mai 1837 und der darin enthaltenen Erklärung der Appellaten das fragliche Urtheil von ihrer Seite in Vollzug gesetzt wurde, sohin der Einspruch gegen dasselbe nicht mehr zulässig, dagegen die unterm 14. resp. 15. Juni gegen dasselbe eingelegte Berufung allerdings statthaft war, mithin die dieser Berufung entgegengestellte Einreden der Unzulässigkeit und Unannehmbarkeit unbegründet sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die der Berufung gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 21. November 1836 entgegengesetzten Einreden der Unzulässigkeit und Unannehmbarkeit, verurtheilt die Appellaten in die Kosten dieses Inzidentpunktes.

I. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1838.

Advokaten: von Hontheim — Haas.

Ehefrau. — Hypotheke (gesetzliche).

Eine Ehefrau kann mit Ermächtigung von Seite ihres Mannes ohne weitere Förmlichkeiten ihrem gesetzlichen Hypothekarrechte auf das Vermögen desselben zum Vortheile dritter Personen entsagen.

Die Art. 2144 u. 2145 des B. G. B. beziehen sich nur auf Verträge beider Eheleute untereinander, wodurch die gesetzliche Hypothek der Frau theilweise aufgehoben werden soll.

Wahlster — Laukhardt.

Mittelst einer öffentlichen Versteigerung hatte Wahlster das sogenannte Deutschherrenhauser Hofgut parzellenweise veräußert und der Notar Laukhardt hatte vier dazu gehörige Aecker angesteigert. Er unterließ indessen zur gehörigen Zeit die Zahlung, und legte, durch Gerichtsvolziehersact dazu aufgefordert, Einspruch aus dem Grunde ein, weil die Güter

schuldenfrei verkauft worden seyen, nichtsdestoweniger aber mehrere vertragsmäßige Hypotheken und die stillschweigende der Ehefrau Wahlster darauf hafteten, daher er eine gerechte Besorgniß vor künftiger Eviction und bis zu deren Beseitigung nach Art. 1653 des B. G. B. das Recht habe, die Zahlung zu verweigern.

Da der Opposit Wahlster bei der Verhandlung über diesen Einspruch am Königl. Landgerichte zu Saarbrücken nicht erschienen war, so nahm letzteres denselben in contumaciam für begründet an.

Demnächst ließen aber die Eheleute Wahlster dem Notar Laukhardt eine notarielle Erklärung der Ehefrau zustellen, dahin gehend: „daß ihr Mann das ihnen gemeinsame Deutschherrenhauser Hofgut in Ueberstimmung mit ihr verkauft habe, sie auch zur Wegräumung aller möglichen, insbesondere aus ihrem gesetzlichen Hypothekarrechte etwa herzuleitenden, Einreden der Ankäufer hiermit ausdrücklich demselben hinsichtlich des genannten Gutes entsage und die Garantie des Verkaufs solidarisch mit ihrem Ehemanne übernehme. Der Wortinhalt dieser Erklärung, welche die Ehefrau Wahlster unter der Autorisation ihres Mannes abgab, ist auszugsweise in dem nachstehenden Urtheile des Appellhofs zu lesen.

Es erfolgte nun eine neue Zahlungs-Aufforderung an Laukhardt, welcher jedoch seinen früheren Einspruch aus den nämlichen Gründen wiederholte, indem er zugleich behauptete, daß die eben gedachte Erklärung der Ehefrau Wahlster, wegen Mangels der in den Art. 2144 u. flg. des B. G. B. vorgeschriebenen Form, die Befreiung der von ihm angekauften Grundstücke von der gesetzlichen Hypothek zur Sicherheit der Illaten nicht habe bewirken können.

Das Königl. Landgericht zu Saarbrücken (das übrigens die conventionellen Hypotheken, welche auf den fraglichen Liegenschaften gehaftet hatten, für gehörig gelöscht annahm) huldigte dieser Ansicht des Opponenten und hob daher den an ihn erlassenen Zahlungsbefehl abermals auf. Die von Wahlster gegen dieses Erkenntniß eingelegte Berufung hatte aber nachstehendes reformatorische Urtheil zur Folge:

J. E., daß Appellat die Zahlung der von ihm unterm 23. März 1832 angesteigerten Acker-Parzellen aus dem Grunde verweigert, weil sowohl die unter den Nummern 7., 8. und 9. des von ihm produzirten Auszugs aus den Saar-

drücker Hypotheken-Registern inscribirten Hypotheken, als die gesetzliche der Ehefrau des Appellanten darauf hafteten und er deshalb eine Störung seines Besitzes zu fürchten habe.

J. E., daß die vom Appellaten angekauften Acker-Parzellen unbestrittenermaßen und in Gemäßheit der Ratifications-Urkunde auf dem Steigprotokolle, vom 25. März 1832, zu dem Hofgute, genannt Deutschherrenhaus, gehörten und die erwähnten Hypothekar-Inscriptionen, so weit sie dieses Hofgut betreffen, nach der unzweideutigen Fassung der darunter eingetragenen Löschungsvermerke vom 4. Dezember 1828 u. 13. März. 1833 nicht mehr bestehen, wie der erste Richter genügend ausgeführt hat;

Daß dagegen zur Sicherheit von Illaten der Ehefrau des Verkäufers, jetzigen Appellanten, die in Rede stehenden Grundstücke bis zum 20. August 1834 allerdings gesetzlich verhypothesirt waren;

Daß aber an diesem Tage genannte Ehefrau in Begleitung und mit ausdrücklicher Ermächtigung ihres Ehemannes die notarielle Erklärung abgegeben hat, daß letzterer das ihnen gemeinsam zugehörige Deutschherrenhauser Hofgut mit allen dazu gehörigen Ländereien gemäß dem Steigprotokolle des Notars Böcking und den ihr vorgelegten, früher schon bekannten, Verhandlungen darüber mit ihrer vollkommenen Zustimmung verkauft habe, daß sie nun, um allen etwa möglichen Einwendungen von Seite der Acquirenten wegen der ihr zur Sicherheit ihres Eingebrachten auf die ihrem Gatten zugehörigen Immobilien, und so auch auf die veräußerten, zustehenden Privilegien zu begegnen, andurch nachträglich und förmlich alle auf die mehrbesagte Veräußerung des Deuschherrenhauser Hofgutes Bezug habenden Verhandlungen genehmige und ratifizire — und sie in dieser und jeder andern Hinsicht zu jeder Garantie gegen die Ankäufer solidarisch mit ihrem Ehemanne sich zu verpflichten verspreche;

Daß eine Abschrift dieser Urkunde dem Appellaten durch den Gerichtsvollziehers-Act vom 4. Juli 1835, d. h. über einen Monat vor der fraglichen Zahlungsaufforderung, zu seinem Gebrauche zugestellt worden ist, und dieselbe sich auch nach dem ausdrücklichen Eingeständnisse in den Qualitäten des Urtheils wovon auf die Versteigerung vom 23. März 1832, den Erwerbstitel des Appellaten, bezieht;

J. E., daß Appellat nicht bestritten hat, daß das Deutschherrenhauser Hofgut in der That beiden Eheleuten Wahlster gemeinschaftlich war, und der Verkauf an ihn also nach Art. 1421 des B. G. B. durch den Mann allein gültig geschehen ist;

Daß es schon hiernach nicht die Absicht des Actes vom 20. August 1834 seyn konnte, eine Bekräftigungs-Urkunde im Sinne des Art. 1338 des B. G. B. zu errichten, die Berufung des Appellaten auf denselben sonach unpassend erscheint;

Daß die Ehefrau Wahlster vielmehr durch jenen Act den Ankäufern des Deutschherrenhauser Hofgutes neben der Gewähr der Gütergemeinschaft und ihres Mannes auch persönlich Garantie zu leisten sich verpflichtete;

Daß sie hierzu nach den Art. 217 u. 1431, sowie 1123 bis 1125 einschließlich, unter der Ermächtigung ihres Ehemannes wohl befugt war, und die von ihr übernommene Verbindlichkeit ganz die nämliche Wirkung hat, als hätte irgend eine andere dispositionsfähige Person sich zur Gewährleistung verpflichtet;

Daß also nach einem bekannten Rechtsgrundsatze Appellat von der Ehefrau des Appellanten eine Entwährung, sey es auf den Grund ihres Hypothekarrechts oder eines andern, nie zu fürchten hat;

Daß die vom ersten Richter angewandten Art. 2144 u. 2145 des B. G. B. nicht in Widerspruch mit den eben angeführten Artikeln des nämlichen Gesetzbuches ausgelegt werden dürfen, eine Abänderung oder Beschränkung der in letzteren anerkannten Dispositionsbefugniß der Frau auch nicht aussprechen, sonach die Wirksamkeit der Kraft derselben eingegangenen Verbindlichkeiten in ihrem vollen Umfange bestehen lassen, und schon deshalb nicht auf den Verzicht des Hypothekarrechtes der Frau bezogen werden können, insoweit derselbe eine nothwendige Folge jener Verbindlichkeiten ist;

Daß indessen auch in Uebereinstimmung mit dem Wortinhalte des Art. 2144 und der herrschenden Jurisprudenz Frankreichs die Discussionen des Staatsraths über die gesetzlichen Hypotheken in der Sitzung vom 5. Vent. J. XII. ergeben, daß es sich sowohl bei Abfassung des Art. 2144 als des Art. 2140 nur von der Befreiung eines Theiles der Güter des Ehemannes von der gesetzlichen Hypothek der

Frau mittelst einer bloßen Uebereinkunft unter beiden Eheleuten handelte, nicht aber von der Entsagung auf das Hypothekarrecht zum Vortheile Dritter, möge diese auch zugleich, wie vielleicht die meisten Verträge der Ehefrauen, das Interesse des Mannes bezwecken, was, gleich andern Motiven seiner Contrahentin, zu untersuchen, der Dritte weder gehalten noch berufen ist.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 30. Novbr. 1836 verwirft, an dessen Statt erkennend, den gegen den Zahlungsbefehl vom 8. August 1835 erhobenen Einspruch als unbegründet, verurtheilt den Appellaten in die Kosten beider Instanzen.

II. Senat. Sitzung vom 4. August 1838.

Advokaten: Lautz — Borchhardt.

Gimborn-Neustädt'sches Statut. — Einkindschaft. — Erbfolge.

Wie wird nach dem Statut von Gimborn-Neustadt im Falle einer errichteten Einkindschaft beim Absterben eines Vorkindes während der zweiten Ehe dessen Antheil an der Masse vererbt?

Stöcker — Linde.

Catharina Margaretha Blume, welche am 23. Juni 1836 verstarb, stand in zweien Ehen. Zuerst war sie mit Heinr. Linde verheirathet. Eine Tochter, Namens Maria Magd. Linde war die Frucht dieser Ehe, und sie wurde aufgelößt durch den Tod des Heinrich Linde.

Die Wittwe Heinrich Linde soll gemäß dem Statut von Gimborn-Neustadt, worunter die Ehe abgeschlossen und aufgelößt worden war, die allgemeine Gütergemeinschaft mit ihrer Tochter Maria Magdalena Linde fortgesetzt haben, bis zum Jahr 1790, wo sie mit ihrem Schwager Peter Linde zur zweiten Ehe schritt.

Bei Abschließung dieser Ehe wurde am 23. Jan. 1790 ein Einkindschaftsvertrag abgeschlossen, und am 1. Februar desselb. J. gerichtlich bestätigt, vermöge welchen Vertrages

die Wittwe Linde das ihr selbst und ihrem minderjährigen Kinde Maria Magdalena Linde gemeinschaftlich zugehörige Vermögen, inventarisirt auf 1202 Thlr., in die neue Ehe einbrachte. Das mehrerwähnte Vorkind Maria Magd. Linde starb am 7. August 1790.

Am 22. September desselben Jahrs wurde geboren, das erste Kind in zweiter Ehe, Anna Cath. Linde, später verheirathet mit Heinrich Stöcker, aus welcher Ehe die minderjährigen Geschwister Stöcker, und Heinrich Stöcker junior, als Kinder entstanden sind. Später am 19. Juli 1792 wurde Johann Peter Linde in jener zweiten Ehe geboren, der nach seinem Ableben den Carl Linde als Sohn hinterlassen hat.

Im Jahr 1837 klagte Carl Linde gegen die Geschwister Stöcker auf Theilung der Hinterlassenschaft ihrer gemeinschaftlichen Großmutter, Wittwe Linde geb. Blume, dergestalt, daß er die Hälfte dieser Nachlassenschaft verlangte, und die übrige Hälfte den Geschwistern Stöcker zukommen lassen wollte.

Die Letzteren waren im Allgemeinen mit der Theilung einverstanden, indessen begehrten sie, daß das Vermögen erster und zweiter Ehe der Erblasserin vorerst gesondert, ihnen aus dem Vermögen des ersten Ehemannes vorab drei Viertheile zugewiesen, und dann der Rest der Nachlassenschaft gleichmäßig zu zwei Hälften zwischen den Parteien abgetheilt werden sollte.

Sie gründeten diesen Antrag darauf, daß beim Tode des ersten Ehekindes Maria Magdal. Linde ihre Mutter Anna Cath. Linde schon empfangen war, und obgleich noch nicht geboren, doch schon Erbrechte auf die Nachlassenschaft der verstorbenen Halbschwester Maria Magd. gehabt habe.

Der Kläger erwiederte hierauf, daß durch die Einkindschaft das gemeinschaftliche Vermögen der Wittwe Heinrich Linde und ihrer Tochter Maria Magdalena Linde in die zweite Ehe übergegangen sey, und der Antheil des gestorbenen ersten Ehekindes nach dem jure non decresendi in der gemeinschaftlichen Masse geblieben sey.

Durch Urtheil vom 13. Juni 1837 erkannte das Königl. Landgericht zu Köln für Recht, daß zwischen Kläger und Beklagten zur Theilung der durch den Tod der Cath. M. Blume den Parteien erfallenen Güter aus den Gemeinschaften

der beiden Ehen der genannten ꝛc. Blume mit Heinr. Linde und mit Pet. Linde und zwar zur Theilung in zwei Hälften, von welchen dem Kläger die eine, den Beklagten zusammen die andere zukomme, zu schreiten sey, verwarf den Antrag der Beklagten auf Sonderung des Vermögens von Heinrich Linde und auf Zuweisung von drei Viertel desselben an die Verklagten so wie den Antrag der Beklagten auf gleichmäßige Theilung unter allen Parteien u. s. w.

Die Motive dieses Urtheils sind:

J. E., das die Beklagten sich im Allgemeinen der von dem Kläger verlangten Theilung nicht widersetzen;

Daß der Antrag der Beklagten: vorerst die Güter der ersten Ehe der Catharina Marg. Blume abzusondern, und den Beklagten drei Viertel des dem ersten Ehemanne Heinr. Linde gehörigen Vermögens mit Ausschluß der Kläger zuzuweisen, sich darauf gründet, daß das Kind erster Ehe, welches seinen Vater beerbt habe, von der Mutter der Beklagten zugleich mit Cath. Marg. Blume, nicht aber von dem damals noch nicht concipirten Vater der Kläger beerbt worden sey.

J. E., daß in der ehemaligen Herrschaft Gimborn-Neustadt gewohnheitsrechtlich die allgemeine Gütergemeinschaft bestand, welche sich nach Auflösung der Ehe durch den Tod eines Ehegatten zwischen dem überlebenden Gatten und den Kindern fortsetzte;

Daß die fortgesetzte Gütergemeinschaft der Cath. Marg. Blume mit ihrem Kinde erster Ehe bei ihrer zweiten Heirath nicht auseinandergesetzt worden ist, sondern ein Einkindschaftsvertrag für das Kind erster Ehe errichtet wurde;

Daß es nicht zweifelhaft seyn kann, daß, vermöge dieses Einkindschafsvertrages, die Berechtigung des Kindes erster Ehe an der Gütergemeinschaft dieser Ehe in die zweite Ehe fiel, indem eines Theils, bei entgegengesetzter Annahme, von Seiten des Vorkindes keine Gegenleistung für die Erwerbung der Einkindschaftsrechte gegeben seyn würde, und die Bestimmung eines Voraus für das Kind völlig unerklärbar wäre, anderntheils eine Vergleichung des von den Beklagten produzirten Inventars mit dem Einkindschaftsvertrage den Beweis liefert, daß in dem letztern unter dem Vermögen der Braut (ad 1202 Thlr.) das zwischen der Braut und ihrem Vorkinde gemeinschaftliche Vermögen (nach

dem Inventar 1201 Thlr. 45 Stbr.) verstanden, und ausdrücklich als Einbringen in die Ehe erklärt wird;

Daß daher beim Tode des Kindes erster Ehe die Rechte desselben am väterlichen Vermögen auf das damals concipirte Kind zweiter Ehe, nicht vererbt werden konnten, indem das väterliche Vermögen nunmehr zu den Gütern der zweiten Ehe gehörte, ein sich vererbender ideeller Antheil des Kindes erster Ehe in dieser Gütergemeinschaft nicht fingirt werden darf, vielmehr durch den Tod des Kindes ohne Nachkommen die Gemeinschaft nur einen Betheiligten verlor, daher sämmtliche übrigen auf die Gemeinschaft Berechtigten bei künftiger Theilung gewannen.

I. E., daß hiernach der Antrag auf Absonderung des Vermögens der ersten Ehe der Cath. Margaretha Blume unbegründet ist.

I. E., daß der Widerspruch der Beklagten gegen die Theilung in zwei gleiche Hälften, und ihr Antrag, daß gleichmäßig zwischen den Parteien getheilt werden solle, durch das Verwandtschafts-Verhältniß beseitigt wird, gemäß welchem die sämmtlichen Beklagten, als Repräsentanten ihrer Mutter, bei der Gemeinschaft der zweiten Ehe betheiligt sind, daher nur für den Stamm derselben, nicht aber in Köpfen, mit dem Kläger concurriren.

Auf die von Stöcker ergriffene Berufung erkannte der Rh. A. G. H. wie folgt:

I. E., daß in der vormaligen Herrschaft Gimborn-Neustadt die allgemeine Gütergemeinschaft unter den Eheleuten eingeführt war, welche auch nach dem Tode des einen Ehegatten zwischen dem Ueberlebenden und den aus ihrer Ehe erzeugten Kindern fortgesetzt, und erst dann aufgelößt wurde, wenn der überlebende Ehegatte zur zweiten Ehe über- oder mit Tod abging;

Daß dort ebenso die Einkindsverträge bis zur Einführung des bürgerlichen Gesetzbuchs gültig und verbindlich waren, und ein solcher Vertrag nach Auflösung der zwischen Heinrich Linde und Cath. Marg. Blume bestandenen Ehe vor letzterer als Braut und ihrem Schwager Peter Linde als Bräutigam am 23. Januar 1790 zu Stande kam, worin unter andern bestimmt wurde:

2) Ist zwischen dem Vorkinde der Braut und den in jetzt anzutretenden Ehe zu hoffenden Kindern eine

völlige Einkindschaft dergestalt gemacht, daß beiderseitige Ehekinder gleich in die Köpfe zur egalen Theilung in allem sowohl des Bräutigams als der Braut Vermögen gehen sollen.

6) Dieweilen der Bräutigam nach der Natur und Eigenschaft der Union das Vorkind annimmt, so soll die Einkindschaft, es mögen in angehender Ehe Kinder geboren werden oder nicht, ihren Effect erreichen und eben daher verspricht

7) der Bräutigam auch das Vorkind gleich als sein eigen leibliches Kind zu erziehen.

Daß die Appellanten behaupten: Die Einkindschaft sey durch das Daseyn von Kindern aus zwei Ehen zur Zeit der Auflösung der zweiten Ehe bedingt, mithin durch das am 7. August 1790 erfolgte Ableben des Vorkinds zerfallen, und die Intestat-Erbfolge eingetreten, mithin eine Absonderung des Vermögens der ersten und zweiten Ehe nöthig, weil ihnen als Erben ihrer Mutter an dem Vermögen des ersten Ehemannes ihrer Großmutter vorab drei Viertel gebühren, indem das Vermögen des Heinr. Linde auf dessen Tochter Magdalena vererbt und nach deren Tod auf ihre Mutter Anna Cath. Linde verfallen sey;

Daß aber selbst in der unterstellten Richtigkeit jener Behauptung, daß die Einkindschaft durch den Tod des Vorkinds ihre Wirkung verloren habe, dessen väterlicher Erbantheil nicht auf die Halbschwester, sondern nach dem gemeinen Römischen Recht auf die Mutter vererbt, und so nach deren im Jahr 1836 erfolgten Ableben mit ihrem übrigen Nachlasse auf ihre aus der zweiten Ehe vorhandenen Enkel gekommen seyn würde;

Daß es daher auf die Untersuchung der Frage: ob die Einkindschaft durch das Ableben des Vorkindes ihre Wirkung verloren habe? nicht weiter ankommt, weil jedenfalls der Antheil des Vorkindes an der gemeinschaftlichen Masse mit Einschluß des demselben in den Einkindschaftsvertrag bestimmten Voraus dessen Mutter anerfallen ist und so zu deren Nachlasse gehört;

Daß hierdurch sowohl der Haupt- als Subsidiarantrag erledigt sind, und die Berufung sich als ungegründet darstellt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 13. Juni v. J. eingelegte Berufung unter der Verurtheilung der Appellanten in die in dieser Instanz aufgegangenen Kosten und in die gesetzliche Geldbuße.

I. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1838.

Advokaten: Holthoff — Thiel.

Anm. In diesem Urtheile hat der Appellations-Gerichtshof die Frage weder untersucht noch entschieden, ob die Einkindschaft durch den Tod des Vorkindes ihre Wirkung verloren habe, sondern die desfallsige Entscheidung des ersten Richters aus einem andern Grunde gebilligt. Wir glauben aber, daß die Unterstellung der Appellanten, als sey die Einkindschaft durch den Tod des Vorkindes erloschen, wäre sie in der Appellations-Instanz zur Beurtheilung gekommen, hätte verworfen werden müssen, wie sie vom ersten Richter verworfen worden; denn diese Unterstellung ist weder mit dem Zwecke der Einkindschaftsverträge im allgemeinen noch mit dem Inhalt des vorliegenden Erbvertrages vereinbar, ersteres nicht, weil der Zweck der Einkindschaft theils darin besteht: die Theilung des Vermögens oder die Trennung der bis dahin bestandenen Gütergemeinschaft zu vermeiden, theils darin besteht, daß die Kinder der ersten Ehe in das Verhältniß als natürliche eheliche Kinder zu dem Stief-Parens gebracht und wie die Kinder der zweiten Ehe so angesehen werden sollen, als seyen sie alle aus einer und derselben Ehe entsprossen und als sey das in beiden Ehen zusammengebrachte Vermögen von den nämlichen oder rechten Eltern hergekommen; dann aber auch, weil die Einkindschaft nicht allein rücksichtlich der vorhandenen und der zu hoffenden Kinder sondern auch rücksichtlich der Eltern, welche ihr Vermögen mit einsetzen, errichtet, und so die bestandene Gütergemeinschaft nicht nur fortgesetzt, sondern sogar durch den Hinzutritt des neuen Ehegatten erweitert worden ist.

Eben so wenig paßt jene Unterstellung dem besondern Inhalte des Vertrages vom 23. Januar 1790, weil die Gleichheit der Rechte aller Kinder darin festgesetzt und zugleich bestimmt ist, daß, wenn auch keine Kinder in der

zweiten Ehe geboren werden sollten, dennoch die Einkindschaft ihre Wirkung haben solle, woraus aber nothwendig folgt, daß diese Wirkung auch dann vorhanden seyn muß, wenn das Vorkind mit Tod abgehen oder die erste Ehe bei Auflösung der zweiten nicht mehr repräsentirt werden sollte, weil sonst die beabsichtigte Gleichheit der Rechte der Kinder aus beiden Ehen offenbar verletzt seyn würde.

Daher erfiel der Erbantheil der im Jahr 1790 verstorbenen Magd. Linde weder der Mutter noch der Halbschwester ganz oder zum Theil, sondern der Gemeinschaft so zu, als wäre von mehrern Kindern aus derselben Ehe Eins abgegangen und so der Erbantheil der übrigen vermehrt worden.

Stadtkölnisches Statutarrecht. — Auseinandersetzung des Ehevermögens. — Vergütungen (récompenses). — Testaments-Auslegung.

Der unter stadtkölnischem Statutarrechte verheirathete Ehegatte, welcher Immobilien eingebracht hat, die ohne eine vorhergegangene Anschreinung auf den andern Ehegatten verkauft worden sind und deren Verkaufspreis in die Gütergemeinschaft geflossen ist, oder seine Erben können aus letzterer bei ihrer Auflösung Erstattung des Preises fordern.

Sind nützliche Verwendungen aus der Gütergemeinschaft auf ein Einhandsgut gemacht worden, so muß der Eigenthümer von diesem nach Auflösung jener dieselben auch nach vormaligem Rechte der Stadt Köln ersetzen.

Ist ein in der Ehe erworbenes Haus mit einem eingebrachten dergestalt verbaut worden, daß beide nur eines mehr bilden und eine Realtheilung von beiden Parteien als unausführbar anerkannt wird, so ist die von dem Inferenten, welchem das Ganze eigenthümlich überlassen wird, an die Gemeinschaft zu leistende Vergütung gleich dem Werthe, welchen das Acquisit in dem Zustande, worin es sich bei Auflösung der Ehe befindet, im Verhältnisse zu dem gleichzeitigen Werthe des ganzen aus der Vereini-

gung des Acquisites und Illates entstandenen Hauses hat.

Ist von einem Nießbraucher heutigen Rechtes auf Vergütung von Verwendungen an Bauten gegen den Eigenthümer geklagt worden, so darf der Richter nicht von Amtswegen auf den Beweis erkennen, daß die Bauten nothwendige Reperaturen gewesen seyen, hat vielmehr die Klage abzuweisen.

Ein Vermächtniß „sämmtlicher Meublen eines Hauses und Hofes" begreift unter der Herrschaft des B. G. B. nicht auch das Wirthschaftsinventar des Hofgutes in sich.

Der Ausdruck „ausstehende Forderungen" in einem Testamente kann unter Umständen bloß von verzinslichen Kapital=Forderungen verstanden werden.

Schafhausen — Geschwister Fonk.

Jakob Molinari und Sibilla Gallo haben im J. 1796 in der Stadt Köln ohne Errichtung eines Ehevertrags einander geheirathet und hier ihren Wohnsitz aufgeschlagen. Die Ehe wurde kinderlos aufgelößt durch den 1831 erfolgten Tod des Mannes, welcher vermöge eines olographischen Testamentes vom Jahre 1828 die Geschwister Fonk als Erben eingesetzt, seiner Wittwe jedoch außer der lebenslänglichen Leibzucht an seinem ganzen Vermögen in einem besondern Artikel des Testamentes folgendes Vermächtniß hinterlassen hat:

„Viertens. Außerdem will und verordne ich, daß meine Gattin nach meinem Ableben sowohl dem Eigenthume als der Leibzucht nach meine sämmtlichen Meubeln hier in meinem Wohnhause, so wie in dem Hause und Hof zu Bosdorf haben, und sie hiermit als Erbin eingestellt seyn soll. Jedoch sind hiervon die ausstehenden Forderungen ausgenommen, wovon meine Gattin auch die Zinsen genießen, das Eigenthum davon aber nicht erwerben soll."

Die Wittwe starb 1835 und ihr Testaments=Erbe ist Hubert Schafhausen. Die Schichtung der Nachlassenschaften beider Eheleute Molinari veranlaßte unter ihren genannten

beiderseitigen Erben mehrere Streitigkeiten, wovon sechs in die zweite Instanz gediehen und in nachstehendem Urtheile theils reformatorisch, theils confirmatorisch entschieden worden sind.

Zum nähern Verständnisse desselben zuvor noch dieses:

Beide Parteien waren schon bei den Theilungs-Operationen und stets theils im Allgemeinen darüber einig, daß das eheliche Güterrecht des J. Molinari und seiner Gattin nach dem Statute der Stadt Köln und dessen Subsidiarrechte beurtheilt werden müsse, die Beerbung des Ehemannes jedoch Kraft seines Testamentes geschehen und beziehungsweise noch gemäß demselben zu reguliren sey, theils insbesondere darüber, daß alle Forderungen der Ehegemeinschaft zur einen Hälfte den Erben des Mannes und zur andern den Erben der Frau Molinari zugefallen, mit einziger Ausnahme derjenigen, welche etwa gemäß dem angeführten Artikel 4. des Testamentes des erstern der letztern ausschließlich vermacht worden seyen.

Die vor dem Appellhofe verhandelten Streitpunkte waren dagegen folgende:

I) Die Ehefrau Molinari hatte mehrere Grundgüter in die Ehe gebracht, welche während derselben in der bis dahin unveränderten Eigenschaft als Sondergüter veräußert worden sind; der Erlös floß in die Gütergemeinschaft und diese fand sich dadurch bei ihrer Auflösung, wie Schafhausen behauptet und Fonk nicht bestreiten, wenigstens um den Betrag desselben reicher als ohne den Verkauf jener Sondergüter, die übrigens theilweise in Churköln gelegen waren, ohne daß jedoch deshalb die theilweise Anwendung des churkölnischen Landrechtes von einer oder der andern Seite verlangt oder als rechtlich behauptet worden wäre.

Auf dieses Sachverhältniß gestützt forderte Schafhausen als Erbe der Frau Molinari aus der gemeinschaftlichen Masse vorab die Erstattung des Verkaufspreises dieser Grundstücke, indem er eine gleiche Erstattung des Preises für veräußerte Sondergüter des Ehemannes Molinari den Geschwistern Fonk anbot. Das hiesige Königl. Landgericht wies diesen Klageantrag als unbegründet ab und stützte diese Entscheidung auf die Sätze: daß der Anspruch des Klägers nur unter der Voraussetzung begründet seyn würde, wenn die Kaufschillinge die ursprüngliche Eigenschaft der verkauf-

ten Güter behalten hätten; daß aber Kaufgelder zum Gereide-Vermögen und folgeweise nach Art. 10 des stadtkölnischen Statutes zur ehelichen Gütergemeinschaft gehörten und die Rücksicht auf ihren Ursprung diesem Statute fremd sey; daß ferner ein Ehegatte sein Sondergut mittelst Anschreinung zum Gesammtgut habe machen können, und die nämliche Wirkung einer mit seinem Willen geschehenen Veräußerung beigelegt werden müsse, „von einer Erstattung ex versione in rem, wozu die Gütergemeinschaft jedem Dritten gegenüber gehalten seyn würde, unter Eheleuten und ihren Rechtsnachfolgern daher keine Rede seyn könne."

Schafhausen legte gegen diese Entscheidung die Berufung ein und bei den Verhandlungen in zweiter Instanz wurde zu seinen Gunsten geltend gemacht, daß die fragl. Kaufschillinge nicht als Surrogat der verkauften Objecte, sondern als eine persönliche, aus ihrer Verwendung in die Gütergemeinschaft entstandene Schuld der letztern gefordert worden seyen, deren Betrag allerdings im vorliegenden Falle grade in dem ganzen Betrage der erlößten Verkaufpreise bestehe, weil diese ungeschmälert zum dauernden Vortheile der ehelichen Gütergemeinschaft gereicht hätten; daß das Sondergut des Ehemannes, dasjenige der Ehefrau und das Gesammtgut drei ihren Subjecten nach verschiedenen Massen bildeten, und namentlich das letztere, als dessen Inhaber man eine societas conjugum oder die Ehe als moralische Person betrachten möge, den beiden andern gleich jedem Dritten gegenüberstehe; daß demgemäß auch in der That eine gemeine Rechtsansicht Deutschlands und Frankreichs (hier wenigstens seit der Revision der Coutumes de Paris) bald mit Anwendung der Rechtsverhältnisse der einzelnen socii zu dem Societätsvermögen, bald mit Beziehung auf andere verwandte Materien und eine (wenigstens in Fällen, worin der berechtigte Ehegatte nicht Erbe der Forderungen und Schulden der Gütergemeinschaft werde) unverkennbare Billigkeit seit Jahrhunderten bis in die neueste Zeit die fragliche Obligation aus Bereicherungen einer Masse mit Opfern der andern anerkannt, und das heutige bürgerl. Gesetzbuch in den Art. 1433 — 1437 für die Gegenden, wo eine, seiner partikulären Gütergemeinschaft unter Eheleuten wesentlich gleiche, bestanden, keineswegs neue Bestimmungen eingeführt, sondern herkömmliche und größtentheils

prinzipgemäße Folgerungen aus jeder derartigen Gütergemeinschaft sanctionirt habe, so daß, wer statutarische oder observanzmäßige Abweichungen davon habe behaupten wollen schon vor Einführung des bürgerl. Gesetzbuches zum Beweise davon gehalten gewesen sey. Die rechtliche Möglichkeit, daß Frau Molinari der Gütergemeinschaft und beziehungsweise ihrem Manne oder gar den ihr fremden Erben desselben den Erlös ihrer Illaten habe schenken wollen, verstatte weder einen Schluß auf die Wirklichkeit einer solchen Schenkung, noch dürfe sie selbst aus der rechtlichen Möglichkeit der formellen Anschreinung hergeleitet werden.

Im Resultate mit dieser Deduction übereinstimmend erkannte der Rh. A. G. H. reformatorisch.

II) Den mit dem vorhergehenden zunächst verwandten Streitpunkt bildete eine Forderung auf Ersatz von 3276 Thlr. Baukosten, welche in den Jahren 1805 u. 1806 auf ein Haus des Ehemannes Molinari aus der Gütergemeinschaft verwendet worden waren, die daher seine Erben der Gemeinschaft, d. h. dem Schafhausen zur Hälfte, erstatten sollten. Ohne den dauernden Nutzen der Verwendung zu bestreiten, stellten die Geschwister Fonk zur Abwendung der Klage auch hier wieder die Ansicht auf, daß eine solche Forderung dem ehelichen Güterrechte der Stadt Köln unbekannt sey.

Das Kön. Landgericht sprach jedoch in diesem Punkte die Verurtheilung der Geschwister Fouk aus, schlechthin erwägend, „daß dergleichen Verwendungen auf ein der Gütergemeinschaft nicht angehöriges Object als ein Activum derselben anzusehen, folglich von demjenigen, zu dessen Vortheil sie geschehen, als Schuldner der Gütergemeinschaft zu erstatten seyen."

Die hiergegen erhobene Beschwerde der Geschwister Fonk hat der Appellhof, in Uebereinstimmung mit dem ersten Punkte seines Urtheils verworfen.

III) Jakob Molinari kaufte im J. 1812 zwei auf der Hochstraße gelegene Häuschen und vereinigte dieselben dergestalt mit seinem eben erwähnten auf der Brückenstraße Nro. 2 gelegenen Hause, daß eine Real-Trennung nicht mehr möglich war, vielmehr alle drei Häuser als ein Ganzes nach dem Tode seiner Wittwe für 17000 Rthlr. verkauft worden sind. Schafhausen forderte nun von den Geschw. Fonk

a) die Hälfte des Ankaufpreises der beiden Häuschen,
b) die Hälfte der auf das Ganze verwendeten Baukosten,
c) den halben Gewinn als (durch den Ankauf der Häuschen und ihre Verbauung erzielten) Mehrwerth des für 17000 Thlr. verkauften Hauses.

Die Geschwister Fonk verstanden sich zu den Zahlungen ad a) und b) insofern sie überhaupt zur Vergütung von Verwendungen schuldig erklärt würden, bestritten aber die Forderung ad c). Das Königl. Landgericht nahm an, daß die 1812 erworbenen Häuschen ihre Natur als eheliches Acquisit nicht verloren hätten, und verordnete eine Expertise darüber:

„Wie viel die beiden genannten Häuschen, welche mit dem Molinarischen Haupthause durch Umbau vereinigt und mit demselben als ein Ganzes versteigert worden, in dem Zustande, worin sich jenes eheliche Acquisit zur Zeit der Wiederversteigerung befand, im Verhältnisse zum ganzen Steigschillinge werth gewesen?"

Der Appellhof erkannte hierüber auf die dritte Beschwerde der Geschwister Fonk confirmatorisch.

IV) Für „Bauten und Verbesserungen", welche die Wwe. Molinari auf das gedachte von ihrem Manne hinterlassene Haus verwendet habe, forderte Schafhausen eine Vergütung von 2000 Thlr. ohne sich über die Beschaffenheit jener Bauten näher zu erklären. Das Königl. Landgericht legte ihm hierauf mit Berücksichtigung der Art. 599 und 605 u. flg. des B. G. B. den Beweis auf:

„Daß und welche Summe die Wittwe Molinari auf das von ihrem Ehegatten hinterlassene Haus auf der Brückenstraße hierselbst an nothwendigen Bauten und Hauptreparaturen verwendet habe."

Diesen Urtheilspunkt hat der Appellhof auf die zweite Beschwerde der Geschwister Fonk dahin abgeändert, daß dieselben von der Klage zu entbinden seyen.

V) u. VI) Die beiden letzten in die zweite Instanz erwachsenen Streitpunkte betreffen die Auslegung des letzten Willens des Jakob Molinari, insbesondere des in obiger Geschichtserzählung wörtlich angeführten Art. 4 seines Testamentes. Das darin genannte Gut zu Roisdorf war ein Gemeingut der Eheleute. Kläger Sch. behauptete, unter

den seiner Erblasserin darin legirten Meubeln sey auch der Viehstand und das Ackergeräthe auf dem Gute zu Roisdorf verstanden, unter den ihrem Eigenthume entzogenen Forderungen dagegen dürfe man nicht alle Forderungen, sondern nur die auf Zinsen ausstehenden, begreifen, während die am Todestage des Erblassers rückständigen und laufenden Zinsen, Pächte und Gefälle allerdings der Wittwe Molinari eigenthümlich hätten verbleiben sollen.

In erster Instanz war zugleich der Begriff des Ausdrucks „meine sämmtlichen Meubelen" streitig, jedoch rechtskräftig dahin entschieden worden, daß derselbe das ganze Mobilar-Vermögen mit einziger Ausnahme der „ausstehenden Forderungen" umfasse. In letztere schloß das Königl. Landgericht auch die erwähnten Zinsen, Pächte und Gefälle ein und erklärte daher diese gleich dem Wirthschafts-Inventar des Gutes Roisdorf als Eigenthum der Geschwister Fonk, so weit sie zum Nachlasse des Jakob Molinari gehörten.

Schafhausen suchte seine Beschwerde hinsichtlich des Wirthschaftsinventars hauptsächlich auf die Worte „in dem Hause und Hofe" zu gründen, ohne jedoch dadurch die Reformation des landgerichtlichen Erkenntnisses in diesem Punkte zu bewirken. Einen bessern Erfolg hatte seine Bemühung zu zeigen, daß die von der Inventarisation und Caution befreite Leibzüchterin, Wittwe Molinari, nach dem Willen des Testators den Genuß der Ehegemeinschaft äußerlich ununterbrochen habe fortsetzen sollen, die Herausgabe der an seinem Todestage fälligen Zinsen &c. darum von ihr nicht verlangt werden könne. Die andere Gründe für diese Ansicht enthalten die betreffenden Motive des hier seinem ganzen Umfange nach folgenden

Urtheils:

J. E., daß beide Theile die Hauptberufung eingelegt, und in ihren gegenseitigen Anträgen sechs verschiedene Beschwerden wider das durch Berufung angegriffene Urtheil vorgebracht haben, worüber nach vorhergegangener contradictorischer Verhandlung, und nach vernommenem Antrage des das öffentliche Ministerium wahrnehmenden Appellationsgerichts-Assessors Freiherrn von Seckendorf gegenwärtig zu entscheiden ist.

Auf die erste Beschwerde des Theilungsklägers Hub. Schafhausen und zwar auf die Frage: ob derselbe in seiner Eigenschaft als Testaments-Erbe der im Jahr 1835 verstor-

benen Sibilla Gallo, Wittwe Molinari, befugt sey, von den Geschwistern Fonk als Testaments-Erben des im Jahr 1831 verstorbenen Jakob Molinari einen Ersatz mit den Zinsen für diejenigen Immobilien zu fordern, welche seine genannte Erblasserin theils in die Ehe eingebracht, theils später von ihrer Mutter, Schwester und Großmutter geerbt hat, und welche Liegenschaften Stante thoro verkauft worden, und die Kaufpreise in die eheliche Gütergemeinschaft geflossen sind?

J. E., daß Jakob Molinari im Jahre 1796 unter der Herrschaft der Stadtkölnischen Statuten, ohne daß ein Heirathsvertrag errichtet worden ist, die Sibilla Gallo geehlicht, und mit derselben in der Stadt Köln sich häuslich niedergelassen hat, daß jene Statuten mithin die Stelle eines Heirathsvertrages vertreten, und auf den Grund derselben die wechselseitigen Rechtsverhältnisse der Eheleute Molinari und deren Erben beurtheilt und geschlichtet werden müssen.

Daß weder die Stadtkölnischen noch die Churkölnischen Statuten (in so weit von den im vormaligen Churkölnischen Gebiete gelegenen Realitäten die Rede ist) eine ausdrückliche Bestimmung darüber enthalten, daß für die Stante thoro veräußerten von einem oder dem andern Ehegatten herstammenden Immobilien ein aus der ehelichen Gütergemeinschaft zu entnehmender Ersatz geleistet werde, daß in denselben aber eine gegentheilige einen solchen Ersatz untersagende Verfügung ebenfalls nicht anzutreffen ist;

Daß daher in Ermangelung einer bestimmten statutarischen Verordnung das streitige Rechtsverhältniß nach den Grundsätzen des gemeinen Rechts, und insbesondere nach jenen, welche bei Auseinandersetzungen gesellschaftlicher Verbindung zur Anwendung kommen, zu beurtheilen ist;

Daß natürliches Recht und Billigkeit dafür sprechen, daß, da Niemand mit dem Schaden eines andern sich bereichern soll, dergleichen in die eheliche Gütergemeinschaft geflossenen Einschüsse nach Auflösung derselben aus dem Vermögensbestande dieser Gütergemeinschaft als eine Passivschuld demjenigen Theil ersetzt werden, aus dessen privativen Immobilar-Vermögen diese Einschüsse gemacht worden sind, und daß vorerst deducto aere alieno zur wirklichen Erbtheilung geschritten werde; daß sonach das Urtheil wovon, welches die aufgeworfene Rechtsfrage verneinend entschieden hat der Reformation unterliegt.

Auf die **zweite** den Viehstand und das Wirthschaftsinventar zu Roisdorf betreffende **Beschwerde**:

J. E., daß Jakob Molinari im § 4. seines im Jahr 1828 angefertigten olographischen Testaments ausdrücklich verfügt hat:

> „Ich will und verordne, daß meine Gattin sowohl dem Eigenthume als der Leibzucht nach meine sämmtlichen Meubeln in meinem Wohnhause zu Köln, so wie in dem Hause und Hof zu Roisdorf haben, und sie als Erbin hiermit angestellt seyn soll; jedoch sind hiervon die ausstehenden Forderungen ausgenommen, wovon meine Gattin auch die Zinsen genießen das Eigenthum aber nicht erwerben soll;"

Daß zwar bei Auslegung einer unbestimmten, zweideutigen, oder zweifelhaften Testaments-Clausel der muthmaßliche Wille und die Absicht des Testirers jedesmal zu ergründen, und zu beachten sind, daß aber in Fällen, wie gegenwärtig, wo der auf dem Hofgute zu Roisdorf befindliche Viehstand und alle zum Wirthschafts-Inventar daselbst gehörige Gegenstände im Art. 524 des B. G. B. (unter dessen Herrschaft das Testament sein Daseyn erhalten und der Erbfall sich zugetragen hat) den Immobilien ausdrücklich zugezählt werden, eine bloß menschliche Vermuthung, als habe dennoch der Testirer, als er seiner Gattin die sämmtlichen Mobilien legirte, eine vom Gesetze abweichende Absicht gehabt, zurückstehen muß, wonach dieser Berufungsgegenstand sich als ganz unbegründet darstellt.

Daß jedoch eine solche auf den muthmaßlichen Willen und Absicht des Testirers gegründete Auslegung rücksichtlich der **dritten Beschwerde** die am Todestage des Testirers rückständigen und laufenden Zinsen, Pächte und Gefälle betreffend um so zulässiger erscheint, als derselbe, nachdem er bereits im § 2. seines Testaments die Nutznießung seines ganzen Nachlasses seiner Gattin vermacht, und dieselbe sogar von der Errichtung eines Inventars befreit hat, im § 4. daselbst noch einmal verfügt hat, daß seine Gattin die Zinsen von den ausstehenden von der legirten Mobilarschaft ausgenommenen Forderungen genießen solle, so, daß bei Zusammenstellung dieser beiden Paragraphen die Absicht des Testirers unzweifelhaft sich herausstellt, daß er seine Gattin rücksichtlich des Zinsengenusses dadurch noch besonders be-

günstigen wollte, daß er das von ihm selbst geführte Kapitalienbuch im Auge fassend, die gegen Zinsen ausgethane Schuldforderungen von dem Legat allein ausnahm, wonach das Urtheil wovon in diesem Punkte der Reformation unterliegt.

So viel die von den Geschwistern Fonk vorgebrachten drei Beschwerden, und zwar soviel die eingeklagten in den Jahren 1805 und 1806 von Jakob Molinari zum Ausbau seines eigenen in die Ehe inferirten in der Brückerstraße zu Köln gelegenen Hauses verwendeten, und aus der Gütergemeinschaft bestrittenen Baukosten betrifft:

J. E., daß diese Beschwerde aus den vom ersten Richter entwickelten Gründen (welche in der vorhin auf die erste Beschwerde des Theilungsklägers auseinandergesetzten Motiven ihre Bestätigung finden) sich als grundlos herausstellt.

Auf die fernere Beschwerde der Geschwister Fonk, welche die von der Ehefrau Molinari in ihrem Wittwenstande in dem von ihrem Ehemanne zurückgelassenen in der Brückenstraße gelegenen Hause ausgeführten Bauten zum Gegenstande hat:

J. E., daß der erste Richter in Beziehung auf diesen Streitpunkt den Theilungskläger zu dem Beweise zugelassen hat, daß und welche Summe von der Wittwe Molinari an nothwendigen Bauten und Hauptreparaturen verwendet worden sey;

Daß das Landgericht mithin von der Führung dieses Beweises die endliche Entscheidung abhängig gemacht hat;

Daß jedoch, da im klägerischen Antrage, zum Vortheil a quo nur Bauten-Verbesserungen vorkommen, und einer Haupt- und nothwendigen Reparatur gar keine Erwähnung gethan, und nicht einmal die Behauptung aufgestellt wird, daß eine Aufforderung an die Eigenthümer dieses Hauses (die Geschwister Fonk) die fraglichen Bauten selbst vorzunehmen, vorhergegangen sey, dieser Streitgegenstand ohne das Klagelibell wesentlich zu verändern vom Langerichte nicht beachtet werden konnte, sondern und um so mehr zurückgewiesen werden mußte, als ein Beweisanerbieten Seitens des Theilungsklägers niemals erfolgt ist, und alle Auslagen für willkürliche Verbesserungen und Verschönerungen der Leibzüchterin zu Last bleiben; daß daher das Landgerichtliche Erkenntniß in diesem Theile der Reformation nicht entgehen kann.

Auf die **dritte und letzte Beschwerde** der Geschwister Fonk die im Jahr 1812 erworbenen beiden kleinen Häuser an der Hochstraße dahier betreffend:

J. E., daß der erste Richter in seinen Beweggründen zum Urtheil a quo gründlich ausgeführt hat, und die klägerischen Ansprüche im Allgemeinen für begründet angenommen, sofort zur Ausmittelung und Feststellung des Quanti eine Expertise angeordnet hat;

Daß die klägerischen Ansprüche, so viel diese beiden Häuser betrifft, aus den Gründen des ersten Richters sich allerdings rechtfertigen, und daß zur Feststellung derselben, ein Gutachten von Sachverständigen sehr zweckmäßig erscheint, wobei es den Geschwistern Fonk überlassen bleibt, zur Zeit den Sachverständigen die geeigneten Bemerkungen und Erinnerungen vorzutragen.

Aus diesen Gründen

auf die beiderseitigen Hauptberufungen rechtsprechend, reformirt der Königl. Rh. A. G. H. das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 2. Januar 1838 in sofern der Theilungskläger Hubert Schafhausen mit seinen Ansprüchen hinsichtlich der ersten und dritten Beschwerde abgewiesen, und hinsichtlich der von der Ehefrau Molinari in ihrem Wittwestande ausgeführten Bauten zu einem Beweis zugelassen worden ist, erkennt sodann an dessen Statt für Recht, verurtheilt die Geschwister Fonk zur Zahlung der eingeklagten Summe von 3257 Thlr. 7 Pf. nebst den Zinsen vom Tage der angestellten Theilungsklage, weist zugleich die besagten Geschwister mit ihren Ansprüchen auf die beim Tode ihres Erblassers Jakob Molinari rückständigen und laufenden Zinsen, Pächte und Gefälle, so wie den Hubert Schafhausen mit seinen Ansprüchen rücksichtlich der von seiner Erblasserin der Wittwe Molinari in dem Wohnhause in der Brückenstraße ausgeführten Baulichkeiten gänzlich ab, verwirft sodann die eingelegten Berufungen rücksichtlich der übrigen Beschwerden und legt den Geschwistern Fonk $2/3$ und dem Hubert Schafhausen $1/3$ der in beiden Instanzen aufgegangenen Kosten zur Last.

II. Senat. Sitzung vom 4. August 1838.

Advokaten: **Müller — Bauerband.**

Urtheil. — Kostenzahlung. — Acquieszement. — Berufung. — Unannehmbarkeitseinrede.

Aus der freiwilligen Zahlung der Kosten kann nicht immer auf eine, die Berufung gegen das Urtheil unannehmbar machende Beruhigung geschlossen werden.

Meyer — Enoch.

J. E., daß die freiwillige Exekution eines Urtheils und insbesondere die Zahlung der Prozeßkosten zwar in der Regel als ein Verzicht auf die Berufung angesehen wird, daß diese Regel sich jedoch nicht auf ein positives Prozeßgesetz gründet, sondern als aus der Natur der Sache geschöpft, in die Praxis eingeführt ist;

Daß dieselbe mithin wegfallen muß, wo besondere Umstände obwalten, deren zufolge die freiwillige Exekution des Urtheils als sehr wohl vereinbarlich mit der Absicht dasselbe durch Berufung anzugreifen erscheint, daß also, wenn im vorliegenden Falle der Appellant, als ihm am 19. Oktober 1837 in seiner Wohnung zu Berlin eine Aufforderung, die ihm durch das Urtheil a quo zur Last gelegten Kosten zu zahlen, zugestellt worden, schon am 21. n. M. den Betrag per Post an den Gerichtsvollzieher Weidmann zu Elberfeld sandte, aus dieser Handlung unter vorwaltenden Umständen auf keine Verzichtleistung geschlossen werden kann, daß daher die der Berufung entgegengesetzte Einrede der Unzulässigkeit ungegründet ist.

III. Senat. Sitzung vom 13. Juni 1838.

Advokaten: von Hontheim — Hardung.

Geständniß. — Untheilbarkeit.

Die Untheilbarkeit des Geständnisses schließt den gegentheiligen Beweis der hinzugefügten Einrede oder auch des Abgeläugneten aus *).

Helbronn — Kitzinger.

Kitzinger belangte den Helbronn vor das Landgericht zu Saarbrücken auf Herausgabe eines Hofgutes, welches

*) Eine entgegenstehende Entscheidung findet sich Arch. XXVI. 1. 131.

Beklagter ihm Kläger am 22. Juni 1836 unter der Bedingung verkauft, daß der Handel rückgängig werden solle, wenn Gerardy von Waldwies für seinen Schwiegersohn Helbronn binnen 2 Tagen dieses Gut kaufe, was jedoch nicht geschehen sey. Helbronn gab auf diese Klage nachstehende qualifizirte Erklärung ab:

Er habe das Gut unter der Bedingung an K. verkauft, daß der Handel erst dann perfect und unwiderruflich seyn solle, wenn Gerardy binnen 8 Tagen das Gut nicht für seinen Schwiegersohn kaufe; diese Bedingung sey eingetreten.

Kitzinger erbot sich zum Beweise daß der Kauf zwischen Gerardy und Helbronn ein simulirter sey. Diesen Beweis gestattete das Urtheil des Landgerichts zu Saarbrücken vom 21. Februar 1837, wogegen Helbronn die Berufung einlegte, zu deren Rechtfertigung sein Anwalt bemerkte: „Um eine Reihe Controversen zu beseitigen, die früher in der französischen Praxis bestanden (Merlin, quest. de droit. mot. Confession) habe der Art. 1356 des B. G. B. die Untheilbarkeit des gerichtlichen Geständnisses allgemein und unbedingt sanktionirt, von Beschränkung desselben auf den Klaggrund, auf capita connexa, von Gestattung irgend eines Gegenbeweises sey in dem Artikel durchaus keine Rede, die Unbilligkeit einer solchen Distinktion habe im Gegentheil der Redner Bigot, Locré législ. civ. etc. tom. XII. pag. 412 anerkannt, wenn er sage: Il ne serait pas juste, que l'adversaire de celui, qui fait l'aveu, profitât de la déclaration en ce qu'elle lui est favorable sans accorder la même foi à ce qui serait défavorable und ibid. pag. 536 Paul me demande mille francs, il n'a aucun titre contre moi. Je déclare en jugement qu'à la verité Paul m'a prêté mille francs, que je lui ai remboursés. Paul ne peut tirer de ma confession une preuve du prêt, sans que cette confession ne fasse en même temps foi du paiement. Il ne peut se servir de ma confession contre moi, qu'en la prenant telle, qu'elle est dans son entier. In diesem letzten Falle sey der Klagegrund vollständig zugegeben worden und angedeutet, daß die miterklärte Einrede nicht davon getrennt werden dürfe. Wolle man dies aber sogar im Allgemeinen für erlaubt halten, wie dies bei Weber, Beweisführung im Civilprozeß VI. § 42. u. flg., und

Hefters Zusätze pag. 295 behauptet wird, so würde dies doch im gegenwärtigen Falle seine Anwendung nicht finden dürfen, da Helbronn erklärte, er habe sub conditione suspensiva, nicht resolutiva gekauft, diese sey in tempore utili in Erfüllung gegangen, es habe mithin nie eine Verbindlichkeit, nie ein Klagegrund bestanden, von einem Zugestehen einer solchen könne also nie die Rede seyn. Der Anwalt des Appellaten Kitzinger schob dem Appellanten die beiden im folgenden Urtheile gestatteten Eide zu, und es erging folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Appellant in der ersten Instanz den der Klage zum Grunde gelegten, von einer Bedingung abhängigen Kaufvertrag vom 22. Juni 1836 zwar eingestanden, jedoch zugleich behauptet hatte, die dem Vertrag angehängte Bedingung sey wirklich eingetreten;

Daß der erste Richter in den Motiven seines Urtheils diese Erklärungen des Appellanten ganz mit Recht in ihrem Zusammenhange aufgefaßt, als ein untheilbares Geständniß, und den fraglichen Kaufvertrag, wegen Mangels aller andern Beweismittel für unbewiesen angesehen, jedoch im verfügenden Theil des Urtheils, dieser ganz richtigen Ansicht geradezu entgegen, den Appellaten zu dem von ihm angebotenen Beweise, daß die fragliche Bedingung nicht eingetreten sey, zugelassen hat, ohne zugleich demselben den Beweis der Existenz des in Frage stehenden Kaufvertrages aufzugeben, den er doch durch die deßfalls in Antrag gebrachte Eidesdelation wirklich angeboten hatte;

Daß unter diesen Umständen der über einen ganz untergeordneten Streitpunkt aufgegebene Beweis als durchaus zwecklos erscheint.

J. E., daß eben dieser Beweis in der isolirten Stellung, worin er jetzt neuerdings angeboten wird, aus den oben angeführten Gründen, ebenfalls den erwünschten Erfolg nicht würde herbeiführen können;

Daß dagegen die nunmehr in Antrag gebrachte Eidesdelation, da sie den ganzen Inhalt des erwähnten qualifizirten Geständnisses, nämlich die Existenz des angeblichen Kaufvertrags und zugleich das vorgegebene Eintreten der diesem Vertrage angehängten Bedingung umfaßt, zur Herbeiführung einer den Rechtsstreit in allen Beziehungen erledigenden Entscheidung geeignet ist.

J. E., daß die vom Appellaten eingemittelte Inzidentberufung, nach der oben entwickelten Ansicht in Betreff des vom Inzident-Appellaten abgegebenen Geständnisses, als ungegründet zu betrachten ist.

J. E., daß der vom Appellanten subsidiarisch erbotene Beweis des wirklichen Eintretens der dem fraglichen Kaufvertrage angehängten Bedingung (welcher übrigens wegen des die Summe von 150 Franken übersteigenden oder jedenfalls unbestimmten Werths des Streitgegenstandes nicht durch Zeugenaussagen würde geführt werden können), durch den ihm vom Appellaten deferirten Entscheidungseid überflüssig, zugleich aber auch unzulässig wird.

J. E. nämlich, daß der in eben diese Eidesdelation aufgenommene dritte Schwörsatz, wenn er sich auf den angeblich in den ersten acht Tagen nach dem 22. Juni 1836 abgeschlossenen Verkauf beziehen soll, in dem vorhergehenden zweiten Schwörsatze, welcher nur von einem wirklichen, nicht simulirten Verkaufe verstanden werden kann, — bereits enthalten ist;

Daß derselbe aber, wenn dadurch auf die angeblich am 26. December 1836 über jenen Verkauf ausgestellte Urkunde hingedeutet werden soll, als unerheblich erscheint, indem der besagte zweite Schwörsatz nicht nur die Existenz, sondern auch die Zeit der Abschließung des fraglichen Verkaufs zum Gegenstande hat, das Datum der darüber ausgestellten Urkunde daher ganz gleichgültig ist.

Aus diesen Gründen

ändert der Rhein. A. G. H. das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Saarbrücken vom 21. Februar 1837 hiermit ab, giebt an dessen Statt, mit Verwerfung der dagegen eingelegten Inzidentberufung, dem Appellaten auf, den ihm vom Appellaten deferirten Entscheidungseid darüber auszuschwören: 1) Ob er am 22. Juni 1836 das in der Vorladungsurkunde vom 17. December 1836 bezeichnete Gut dem Appellaten für den Preis von 4200 Francs unter der Bedingung verkauft habe, daß dieser Verkauf wieder aufgehoben seyn solle, wenn binnen den darauf folgenden 2 oder auch 8 Tagen Gerardy solches für seinen Schwiegersohn Helbronn gekauft haben würde, und 2) ob der genannte Gerardy in der angegebenen Frist das fragliche Gut für seinen Schwie-

gersohn Helbronn gekauft habe; beauftragt das K. Friedensgericht zu Mertzig mit der Abnahme dieses Eides, unter Vorbehalt künftiger Entscheidung über den Kostenpunkt*).

II. Senat. Sitzung vom 11. Mai 1838.

Advokaten: v. Hontheim — Lautz.

Großherzogthum Berg. — Hypothekar-Inscription.

Ist der Erlaß des Kaiserl. Commissars und Finanzministers Reichsgrafen von Beugnot und des Ministers des Innern Grafen von Nesselrode, vom 24. Juli 1810, worin die im Kaiserlichen Decrete, die Errichtung des Hypothekenwesens im ehemaligen Herzogthum Berg betreffend vom 3. November 1809, bestimmte Frist bis zum 1. October extendirt wird, als gültig und Normgebend zu betrachten?

Das Kaiserliche Decret vom 3. November 1809 in Betreff der Hypotheken-Verwaltung des Großherzogthums Berg verordnet Tit. III. in seinen transitorischen Dispositionen Artikel 34 bis 36 incl., daß nur diejenigen ältern Hypotheken und Privilegien, welche innerhalb sechs Monaten nach der Publication dieses Decrets in die neuen Hypotkenregister eingetragen worden, konservirt seyen, und die Rangordnung, welche ihnen die frühern Gesetze anweisen, behalten sollen. Dagegen sollen die später eingetragenen blos von dem Tage ihrer Inscriptionen an von Wirkung seyn.

Ueber den Anfang und das Ende dieser sechsmonatlichen Frist waren Zweifel entstanden und verschiedene Anfragen geschehen; daher ein Ministerial-Beschluß v. 22. Mai 1810 (Präfectur-Acten des Rhein-Departements pro 1810 Nr. 30.) wodurch, in Erwägung, daß die Publication jenes kaiserlichen Decrets erst am 30. Januar 1810 in gesetzlicher Art geschehen, festsetzte, daß die in dem Art. 34 bestimmte sechsmonatliche Frist erst mit dem ersten Februar zu laufen anfange und sich mit dem 31. Juli ej. an. endige.

Hierauf wurde in einem wider die Eheleute Jak. Schramm eingeleiteten Collocations-Verfahren eine Forderung der Erben Mauritz der Forderung der Königlichen Regierung zu

*) Eine entgegenstehende Entscheidung findet sich Arch. XXVI. 1. 131.

Düsseldorf als Rechtsnachfolgerin der Vikarien St. Lucæ et Beatæ Mariæ Virginis zu Kaiserswerth vorlozirt, weil jene zuerst am 25. Juli 1810 inscribirt und nachmals binnen den gesetzlichen Fristen erneuert worden, während die gedachte fiscalische Forderung zuerst am 13. September 1810 die Inscription erlangt habe. Fiscus erhob hiergegen Einspruch, den er auf einen Ministerial-Beschluß vom 24. Juli 1810 stützte, wodurch die gesetzlich bestimmte sechsmonatliche Frist zur Eintragung der ältern Hypotheken bis zum 1. October 1810 ausgedehnt worden *).

Hiernach war die Frage zu entscheiden, ob der erwähnte Ministerial-Beschluß Gesetzeskraft habe?

In dieser Hinsicht wurde im Wesentlichen für die Königliche Regierung bemerkt:

---

*) Derselbe befindet sich zwar abgedruckt in den Präfectur-Acten des Rhein-Departements Nr. 38., da diese aber selten geworden und es auch auf den Text selbst ankommt, so halten wir es angemessen, ihn hier wörtlich anzuführen:

Les Ministres des Finances et de l'Interieur.

Vû le rapport du directeur-général des domaines, du timbre et des hypothèques, dans lequel il expose l'urgence et la nécessité de proroger les délais accordés pour l'inscription des créances antérieus à la mise en vigueur du nouveau système hypothécaire dans le Grand-Duché de Berg;

Considérant qu'il importe de faciliter aux créanciers les moyens de consolider par l'accomplissement des formelités de la loi nouvelle, les droits et hypothèques valablement acquis antérieurement à son régime;

Et sous le bon plaisir, de Sa Majesté;

Nous avons arrêté et arrêtons, ce qui suit:

Article I.

Le délai accordé par l'art. 34 du décrêt Impérial du 3. Novembre 1809, pour l'inscription aux nouveaux régistres des hypothèques de droits es privilèges existans au moment de la publications du dit décrêt, et prorogé jusqu'au premier Octobre prochain, à cette époque il sera définitivement expiré.

Article II.

Le directeur-général des domaines, du timbre et des hypothèques est spécialement chargé de l'exécution du présent arrêté; il en sera donné connaissance aux autorités administratives et judicaires, pour être rendu public par la voie des feuilles du bépartement.

Donné à Dusseldorf le 24. Juillet 1810.

Le Ministre des Finances. *Comte de Beugnot.* Le Ministre de l'Intérieur. *Comte de Nesselrode.*

Die Prorogation des im Decrete vom 3. November 1809 gestellten Termins sey durch die Nothwendigkeit geboten gewesen, weil es für die mit der Hypotheken-Verwaltung beauftragten Beamten eine absolute Unmöglichkeit war, die ungeheure Masse von Anmeldungen zu Eintragungen innerhalb der ursprünglichen Frist zu erledigen und die Eintragungen zu bewirken, selbst bei erfolgter Anmeldung innerhalb der ursprünglichen Frist, die auch für die fiscalische Forderung inne gehalten worden, indem dieselbe bereits am 24. Juli 1810 geschehen. Die rechtsverbindliche Kraft des Ministerial-Beschlusses vom 24. Juli 1810 könne nicht bezweifelt werden, weil einestheils diese Prorogation stillschweigend von dem Staatsoberhaupte die Genehmigung erhalten habe, indem sie zur Execution gekommen und nicht gemißbilligt worden sey, anderntheils aber der Finanzminister Reichsgraf von Beugnot zugleich Kaiserlicher Commissar für das Großherzogthum Berg zur Zeit der Erlassung des fraglichen Beschlusses war und als solcher vigore commissionis Verfügungen mit gesetzlicher Kraft zu erlassen befugt war. Der Beschluß sey aber auch in den Grenzen der Attribute der Minister gelegen gewesen, indem sie die zur Einrichtung und Verwaltung des Hypothekenwesen im Großherzogthum Berg erforderlichen Verfügungen zu treffen angewiesen waren. Sie allein konnten nach den Umständen beurtheilen, ob es im Reiche der Möglichkeit lag, die Anmeldungen zur Eintragung zu erledigen.

Durch Urtheil vom 11. Januar 1837 verwarf das Königliche Landgericht zu Düsseldorf den Einspruch der Königl. Regierung, worin das von der Königl. Regierung für ihren Einspruch aufgestellte System sich erörtert befindet, aus folgenden Gründen:

J. E., daß der ursprüngliche Titel der Forderung der Erben Mauritz jünger ist, als der der fiscalischen Forderung, und in diesem Verhältnisse sich auch die älteren hypothekarischen Rechte beider Forderungen vor Einführung der französischen Gesetze gestaltet hatten;

J. E., daß das kaiserliche Decret, die Errichtung des Hypothekenwesens im ehemaligen Großherzogthum Berg betreffend, vom 3. November 1809 Art. 37 und 35 den zur der Publication dieses Decrets bestehenden hypothekarischen Rechten ihren Rang unter der Bedingung conservirte, daß sie

binnen 6 Monaten vom Tage der Publication des Decrets in die neuen Hypotheken-Register übertragen werden würden;

J. E., daß, man mag nun annehmen, dieses Decret sey mit dem Beginn der Gesetzeskraft des B. G. B., also mit dem 1. Jan. 1810, gleichfalls in Gesetzeskraft getreten, als folgend einem Ministerial-Beschluße vom 22 Mai 1810, es sey erst mit dem 1. Februar 1810 als publizirt zu erachten gewesen, doch soviel feststeht und unter den Partheien auch unbestritten ist, daß die Inscription der fiscalischen Forderung erst nach Verfließen der im bezogenen kaiserlichen Decrete selbst bestimmten sechs monatlichen Frist erfolgt ist;

J. E., daß es für das richterliche Ermessen völlig gleichgültig ist, ob — wie Opponentinn behauptet — die Masse der Anmeldungen eine Extension der Frist nothwendig gemacht habe, indem dieser Umstand zwar den Gesetzgeber zu einer Bestimmung veranlassen konnte, nicht aber die Freiheit des Urtheils darüber, ob eine solche Bestimmung wirklich gültiger Weise erlassen worden sey, beschränken darf;

J. E., daß nun ferner über die Natur des Inhalts der zur Erörterung kommenden Bestimmungen jenes Ministerial-Erlasses nicht wohl ein Zweifel obwalten kann, daß die Verordnung nämlich, es sollten frühere hypothekarische Rechte durch die Inscription binnen gewisser Frist erhalten werden, und durch Nichtinnehaltung der Frist verloren gehen, also auch jede Bestimmung über die Dauer dieser Frist wesentlich die Sphäre materieller Rechte berührt, über solche Rechte Festsetzungen trifft, und daher durchaus nicht zur Kategorie bloßer reglementarisch administrativen Bestimmungen gehört, sondern recht eigentlich den Charakter eines Gesetzes an sich trägt;

J. E., daß nun nach der Verfassung des französischen Kaiserreichs nur der Regent die Quelle des Gesetzes bildete; Art. 1 des B. G. B. — den Ministern aber nirgendwo eine legislative Gewalt beigelegt worden war.

J. E., daß auch selbstredend von diesem Fundamental-Grundsatze der Umstand, daß der Graf Benguot kaiserlicher Commissar im Großherzogthum Berg war, keine Ausnahme bewirken konnte, indem der gedachte Posten sich lediglich auf administrative Befugnisse bezog, und daß in den Attributionen desselben nur eine Erhöhung und Formirung solcher Befugnisse lag;

J. E., daß eine stillschweigende Zulassung der gegebenen Bestimmung Seitens des Staats-Oberhauptes, worauf sich Opponentinn stützen will, den Mangel ausdrücklicher Promulgation und Publication des Willens der höchsten Staatsgewalt, welche zum Wesen des Gesetzes gehören, nicht vertreten kann;

J. E., daß endlich die Worte in dem fraglichen Erlasse «Et sous le bon plaisir de sa Majesté» nicht, wie Opponentinn behauptet, einen vom Kaiser den Ministern ertheilten Befehl, worauf sich ihr Erlaß gegründet, meinen können, daß sie vielmehr nach der beigefügten offiziellen Uebersetzung, welche hier die authentische Interpretation der Stelle an die Hand gibt, bedeuten sollen — „In der Voraussetzung, dem kaiserlichen Allerhöchsten Willen zu entsprechen;"

J. E., daß also nach dieser Stelle der Kaiser nicht über die Sache statuirt hatte, und kein von ihm ausgegangenes Gesetz, späterhin derogirend dem früheren und den Erlaß der Minister ratihabirend erschien;

J. E., daß folglich der fragliche Erlaß für die Gerichte keine bindende Kraft hat, der vorliegende Fall lediglich nach den Vorschriften des Decrets vom 3. November 1809 zu beurtheilen ist, und die spätere Inscription der fiscalischen Forderung ihr den Rang nach der Forderung der Erben Mauritz anweiset;

J. E., daß sonach die Location im Classificationsentwurfe richtig geschehen ist, und die gegen denselben eingelegte Opposition verworfen werden muß.

Auf die von der Königlichen Regierung eingelegte Berufung erkannte der Rheinische Appellations-Gerichtshof folgendermaßen:

In Erw., daß die Appellantinn, um den Vorrang ihrer Hypothek vor jener der Appellaten zu begründen, sich darauf stützt, daß dieselbe, zwar nicht in dem durch das Kaiserliche Decret vom 3. November 1809 bestimmten, wohl aber in dem durch das Ministerial-Rescript vom 24. Juli 1810 erweiterten Termine in die neuen Hypothekenbücher eingetragen und dadurch die Rangordnung, welche ihr die früheren Gesetze angewiesen, conservirt worden seyen, indem sie behauptet, das erwähnte Rescript könne nur als eine Reglementar-Verfügung zur Ausführung des Decrets vom 3. November betrachtet werden, welche zu den Attributionen der

Ministerien gehörte und daher ihre verbindende Kraft von den Gerichten anerkannt werden müsse;

Daß aber dieses Rescript keineswegs als eine Norm und Vorschrift über die Art der Ausführung und Anwendung des Decrets anzusehen ist, sondern daß vielmehr der in dem Decrete festgesetzte Termin ausgedehnt und hierdurch ein bestehendes Gesetz in seiner wesentlichen Bestimmung abgeändert und aufgehoben wurde;

Daß indessen durch die damals im Großherzogthum Berg bestehende Staats-Verfassung den Ministerial-Behörden eine solche Befugniß und Konkurrenz in der Legislation nirgend beigelegt ist;

Daß daher jene Ministerial-Verfügung ohne Verletzung des von der gesetzgebenden Gewalt selbst ausgegangenen Gesetzes und ohne Kränkung der in demselben begründeten Rechte der Privaten, zur Grundlage einer richterlichen Entscheidung nicht dienen kann.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts vom 11. Januar 1837 eingelegte Berufung und verurtheilt die Appellantin in die Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 26. Juli 1838.

Advokaten: Schöler — Müller.

Condictio indebiti. — Garantie. — Unannehmbarkeitseinrede.

Der Adzitat, der blos dem Adzitanten gegenüber, bei der einfachen Garantie verurtheilt worden, ist qualifizirt, auch dem Hauptkläger gegenüber, zu dessen Gunsten der Beklagte condemnirt worden, die Berufung einzulegen.

Er kann dem Hauptkläger diejenigen Einreden entgegen setzen, welche dem Hauptbeklagten und Adzitanten gegen denselben zustehen.

Ploog u. Cons. — Hambloch — Broich u. Cons.

Die im Jahre 1816 verstorbene Magdalena Sinsteden, die ihren Ehemann J. Christian Hambloch zum alleinigen Universalerben eingesetzt, hinterließ unter andern das Ackergut Stiftshöfchen zu Ramrath. Letzterer setzte in seinem

Testament vom Jahr 1818 die vier Kinder seines verstorbenen Bruders Adolph zu Erben seines Gesammt-Nachlasses, verordnete aber zugleich, „daß mit Ausnahme ihrer Antheile am Weltorfer Busch dasjenige liegende ungereide Vermögen, welches er hinterlasse, und welches seine selige Frau von ihren Eltern oder sonst ererbt (wozu das Stiftshöfchen gehörte), unter die nächsten Anverwandten seiner Frau nach den Gesetzen vertheilt werde."

Zu diesen nächsten Anverwandten seiner Frau gehörten indeß außer den Descendenten deren Geschwister Caspar und Sophie Sinsteden auch seine Erben, als Kinder der mit seinem Bruder Adolph verheirathet gewesenen und verstorbenen Schwester derselben, Adelhaid Sinsteden.

Im Jahr 1823 verschenkte er dieses Höfchen an seinen spätern Miterben Heinrich Hambloch, unter dem Vorbehalt der lebenslänglichen Nutznießung und mit der Bedingung, dafür nach des Schenkgebers Tod „an dessen Nachlassenschafs-Masse" die Summe von 7000 Thlr. auszuzahlen.

Nach dem im Jahr 1828 erfolgten Tod des Schenkgebers J. Christian Hambloch vertheilte und resp. zahlte der Schenknehmer Heinrich Hambloch jene 7000 Thlr. an die nächsten Anverwandten seiner Tante Magdalena Sinsteden, in der Unterstellung, daß der Preis hier an die Stelle des Stiftshöfchen trete, und daher diesen Anverwandten gebühre.

Hätte der Heinrich Hambloch die gen. 7000 Thlr. blos an die Erben seines Oheims J. Christ. Hambloch vertheilt, so würde jeder der vier Stämme eine Summe von 1750 Thlr. erhalten; der Heinr. Hambloch folglich an seine drei Geschwister zusammen 5250 Thlr. ausgezahlt und den Rest mit 1750 Thlr. als Miterbe an sich behalten haben. Durch die Vertheilung des Preises an die nächsten Verwandten der Magdalena Sinsteden aber fiel von ganzen Pretium nur ein Drittel auf die Erben des Joh. Christian Hambloch; dagegen fielen die anderen zwei Drittel den übrigen nächsten Anverwandten der Magdalena Sinsteden, nämlich den Descendenten des Caspar und ein Drittel den Kindern der Sophia Sinsteden zu.

Die drei Geschwister des Heinr. Hambloch erhielten also von diesem nur ihre Quote aus jenem Drittel, nämlich die Summe von 1750 Thlr., mithin 3500 Thlr. weniger, als sie zu empfangen hatten, wenn der Preis ihnen und ihrem

Bruder Heinrich ausschließlich gebührte; und dieser Letztere behielt als seinen eigenen Antheil statt 1750 Thaler nur 583⅓ Thlr., sonach 1166⅔ Thlr. weniger an sich.

Späterhin wurde der Heinrich Hambloch von seinen drei Geschwistern resp. deren Repräsentanten vor das Königliche Landgericht zu Köln auf Nachzahlung der Summe von 3500 Thaler als Rest des ihnen in ihrer Eigenschaft als Mit-Erben des Johann Christian Hambloch am Preis des Stiftshöfchen laut Schenkungs-Act vom 11. Mai 1823 gebührenden Antheils belangt.

Der Beklagte ließ die Descendenten von Caspar und Sophie Sinsteden beiladen und behauptete: der Preis sey als Surrogat des Gütchens zu betrachten; er sey folglich zu der geschehenen Vertheilung und Bezahlung berechtigt gewesen; möchte er aber zur Zahlung der libellirten Summe verurtheilt werden, so folge daraus, daß er indebite an die Adzitaten gezahlt habe.

Sein Antrag ging also principaliter auf Abweisung der Klage, in eventum gegen die Adzitaten auf Vertretung und deren Verurtheilung zur Rückzahlung des Empfangenen.

Die Letzteren concludirten principaliter auf gänzliche Abweisung der Beiladung; jedenfalls in soweit sie der Antheil des Adzitanten an dem angeblichen Indebitum betreffe; subsidiarisch aber auch auf Zurückweisung der Hauptklage.

Sie behaupteten, die Garantieklage sowohl wie die Hauptklage seyen ungegründet. Denn nach der eigenen Ansicht des Adzitanten, die auch die einzig richtige sey, sey ja der Preis von 7000 Thlr. an die Stelle des den nächsten Anverwandten der Magdalena Sinsteden vermachten Stiftshöfchen getreten. Falls aber diese Meinung unhaltbar wäre, so sey die Zahlung und der Empfang aus einem Rechts-Irrthum geschehen, welcher keine Condictio indebiti begründe. Jedenfalls könne aber die Gewährleistungsklage nicht über die Hauptklage hinausgehn.

Das Königl. Landgericht erließ hiernach am 24. Januar 1838 folgendes Erkenntniß:

I. E., daß der Ackersmann Christian Hambloch zu Großmünchhof, nachdem er seine im J. 1816 verstorbene Ehefrau Magdalena Sinsteden vermöge des von derselben hinterlassenen notariellen Testaments v. 29. März 1806 als Universal-Erbe beerbt, am 24. Juni 1818 vor Notar Steinberger in

Cöln, ein Testament errichtet hat, worin er die Kinder seines verstorbenen Bruders Adolph Hambloch, nämlich den gegenwärtigen Verklagten Heinrich Hambloch, und dessen drei Geschwister respective Geschwister-Kinder (die jetzige Kläger) zu Erben seines Vermögens einsetzt, hinsichtlich des von seiner Ehefrau herrührenden Immobilar-Vermögens dagegen die besondere Verfügung trifft, daß dieses unter die nächsten Verwandten seiner gedachten Ehefrau nach den Gesetzen vertheilt werden, und diese Verwandten darin zu Erben eingesetzt seyn sollten.

J. E., daß zu dem Letzteren von der Ehefrau des Testators herrührenden Immobilar-Vermögen das genannte Stiftshöfchen, zu Ramrath, von dessen rechtlicher Kaufschillings-Vertheilung es gegenwärtig sich handelt, unbestritten gehörte;

Daß der Testator dieses Gut am 11. Mai 1823, also mehrere Jahre nach Errichtung seines obigen Testaments, durch einen vor dem nämlichen Notar Steinberger errichteten Act an seinen ebengenannten Neffen Heinrich Hambloch, unter dem Titel einer Schenkung, gleichwohl mit dem Vorbehalt lebenslänglicher Leibzucht und mit der Bedingung veräußert hat, daß Letzterer dafür nach seinen (des Schenkers) Tode die Summe von 7000 Rthlr. kölnisch an seine Nachlassenschafts-Masse auszahlen solle;

Daß auf diese Weise das fragliche Stiftshöfchen schon bei Lebzeiten des Testators, nach einer von demselben getroffenen freiwilligen Verfügung, aufgehört hat, zu demjenigen Theile seines Nachlasses zu gehören, worüber derselbe zu Gunsten der Verwandten, seiner Ehefrau letztwillig disponirt hatte;

Daß nach dem Art. 1038 des B. G. B., eine jede Art der Veräußerung als stillschweigender Widerruf des Vermächtnisses gilt, und zwar ohne Unterschied, ob der Preis des veräußerten Legates sich noch in der Masse befinde, oder nicht;

Daß diese, auf der muthmaßlichen Willens-Aenderung des Testators beruhende gesetzliche Folge nur durch die bestimmte und unzweifelhafte Nachweise, daß der Testator, der Veräußerung ungeachtet, die Wirksamkeit des Vermächtnisses im Surrogate desselben habe aufrecht erhalten wollen, aufgehoben werden konnte;

Daß aber in keinem Falle bloße factische Vermuthungen zur Abwendung jener gesetzlichen Folgen hinreichen, und die

vom Verklagten respect. Adzitaten aufgestellte Behauptung, als sey der bedungene Preis an die Stelle der veräußerten Sache getreten, nicht nur an und für sich, jeder gesetzlichen Begründung ermangelt, sondern auch dem bezogenen Art. 1038, wonach selbst die Vertauschung des legirten Objectes als Revocation des Vermächtnisses angesehen wird, geradezu widerspricht;

Daß nun in Bezug auf die Bestimmung des stipulirten Preises, der Erblasser Christian Hambloch im Schenkungs-Acte vom 11. Mai 1823 weiter nichts verordnet hat, als daß dieser Preis nach seinem Tode an seine Nachlassenschafts-Masse ausbezahlt werden solle, eine Verordnung, wodurch nur der Zahlungs-Termin bestimmt, über die Zahlung selbst aber keineswegs zugleich zu Gunsten der früheren Legatarien verfügt wird;

Daß es also in dieser Beziehung bei der stillschweigenden Folge des Gesetzes bleibt.

J. E., daß nun der Verklagte Heinrich Hambloch, anstatt den Klägern nach den obigen Grundsätzen und nach Maßgabe ihrer Erbschafts-Betheiligung drei Viertheile der schuldigen Summe auszuzahlen, dieselbe unter die auf das veräußerte Gut früher instituirten Legatarien (wozu Kläger und Verklagter zwar ebenfalls gleichwohl nur zu einem Drittel, die Adzitaten dagegen zu zwei Dritttheilen gehören) vertheilt hat;

Daß die Adzitaten gestützt auf dieses factisch nachgegebene Verhältniß, die Hauptklage noch insbesondere durch die Einrede der bereits vollzogenen Theilung zu beseitigen suchen;

Daß aber abgesehen von dem Umstand, daß sie als bloße Legatarien zu dieser Einrede nicht qualifizirt sind, eine eigentliche Erbtheilung nirgends nachgewiesen worden, und selbst, wenn sie es wäre, die Folgen derselben doch nur von den wirklichen Mitberechtigten, wozu die Kläger nicht gehören, angerufen werden könnten;

Daß demnach der Anspruch der Kläger auf Nachzahlung des zu wenig an sie bezahlten Kaufpreis-Antheils von 3500 Rthlr. kölnisch in jeder Hinsicht gehörig begründet erscheint.

So viel die geschehene Beiladung betrifft;

J. E., daß nach der obigen Ausführung die Adzitaten, in ihrer Eigenschaft als Legatarien, an dem Kaufschilling des veräußerten Gutes gar nicht betheiligt sind, folglich die

vom Verklagten dennoch an sie geschehene Auszahlung von zwei Dritttheilen jenes Kaufschillings indebite an sie geschehen ist;

Daß nach dem Art. 1376 des B. G. B. diese unbefugte Annahme zur Begründung des Rückforderungs-Rechtes gegen die Empfänger hinreicht;

Daß aber ihre Vertretungs-Verbindlichkeit im gegenwärtigen Prozesse sich in keinem Falle weiter als die Hauptklage erstrecken und dem Verklagten daher hinsichtlich dessen, was er mehr, als die gegen ihn eingeklagte Summe von den Adzitaten zurückfordert, nur der Weg des besondern Verfahrens vorbehalten werden kann.

Aus diesen Gründen

verurtheilt das Königl. Landgericht den Verklagten Heinrich Hambloch an die Kläger die Summe von 3500 Rthlr. kölnisch oder 2692 Thlr., 9 Sgr. 2 Pfn. preußisch Courant sammt Zinsen vom Tage der Klage (19. Mai 1837) und den Prozeßkosten zu zahlen, welche Seitens des Klägers, bis zur Ausfertigung dieses Erkenntnisses auf 23 Thlr. 18 Sgr. 5 Pfn. liquidirt werden;

Erklärt dagegen die Adzitaten, und zwar 1) die Ehefrau Ploog, 2) die Wittwe Kautz, 3) die Wittwe Kemmerling und 4) die Kinder der Eheleute Bayer jeden zu einem Viertel, zur Rückerstattung der obigen Kapital-Zinsen und Kosten-Summe gehalten; legt denselben, im nämlichen Verhältnisse, die Kosten der Beiladung zu Last, welche bis zur Ausfertigung dieses Erkenntnisses Seitens des Adzitanten auf 27 Thlr. 1 Sgr. 11 Pfg. liquidirt werden; und verweiset den Verklagten und Adzitanten mit seiner gegen dieselben gerichteten Mehrforderung zum besondern Verfahren.

Ein Theil der Adzitaten, nämlich die Kinder der Sophia Sinsteden ergriffen von dieser Entscheidung die Berufung und zwar zunächst gegen den ursprünglichen Adzitanten Heinr. Hambloch, und eventualiter gegen die ursprünglichen Kläger; welchen Letztere dieselben in subsidium den Eid darüber deferirten: ob es nicht wahr, daß bei der Auseinandersetzung der Nachlassenschaft des Joh. Christian Hambloch die sämmtlichen Erbberechtigten sich darüber einverstanden erklärt, daß der Heinr. Hambloch die 7000 Thlr. an die Anverwandten der Magdalena Sinsteden auszuzahlen

habe; und daß in Folge dieses Einverständnisses die Zahlung auch wirklich erfolgt sey.

Der Beklagte denuncirte den Klägern die Berufung der Adzitaten und appellirte zugleich den Ersteren gegenüber nur für den Fall, daß auf die Berufung der Adzitaten das Urtheil zu deren Gunsten abgeändert werden sollte. Er produzirte aber nunmehr die Quittung der Kläger über die an dieselben gezahlten Antheile an den fraglichen 7000 Thlr.

Die ursprünglichen Kläger u. Appellaten trugen gegen beide Berufungen auf Verwerfung derselben an; setzten aber noch insbesondere der Berufung der Adzitaten vor Allem die Einrede der Unstatthaftigkeit entgegen; und zwar hauptsächlich aus dem Grunde, weil es sich von einer bloßen Garantiesimple handle, wo die Kläger nur mit dem Hauptbeklagten in einem Rechtsverhältnisse stehn, und das Urtheil a quo keine Entscheidung zwischen Klägern und Adzitaten enthalte; auch das rechtliche Interesse des Adzitaten nicht weiter im Prozesse gehen könne, als die Ansprüche des Adzitanten zu beseitigen; hierzu aber in concreto die Berufung des Adzitaten gegen den Adzitanten hinreiche.

Der App. Gerichtshof erkannte hierauf, wie folgt:

J. E., daß die Gewährleistungsklage des Appellaten und ursprünglichen Hauptverklagten Heinrich Hambloch gegen die Appellanten und ursprünglichen Gewährleistungsverklagten darauf beruht, daß er von den 7000 Thlr., welche er nach Inhalt des Actes vom 11. Mai 1823 an die Nachlassenschaftsmasse des Christian Hambloch zu zahlen hatte, ein Sechstel zum Betrage von 1166 Rthlr. 40 Stüber an die Wittwe Kautz und ein Sechstel an die Eheleute Ploog bezahlt habe, und zwar in der Unterstellung, daß für diesen Antheil die Appellanten als Erben der Magdalena Sinsteden zur Ehrhebung der Forderung berechtigt gewesen seyen; daß nun aber die Hauptkläger, von der Ansicht ausgehend, die Forderung sey den Erben des Christian Hambloch allein zugefallen, ihn wegen dreier Viertheile der Summe in Anspruch nähmen, welche er an die Appellanten gezahlt habe; daß Letztere nicht nur verpflichtet seyen, ihn gegen diesen Anspruch zu vertreten, und falls er zur Zahlung verurtheilt würde, ihm die demnach den Hauptklägern zu zahlenden drei Viertheile zurückzugeben, sondern daß sie alsdann aus demselben Rechtsgrunde auch das vierte Viertel an ihn zurück-

zahlen müßten, da er für diesen Theil Erbe des Christian Hambloch geworden sey.

J. E., daß das Urtheil a quo, welches den Heinrich Hambloch wegen der drei Viertel zur Zahlung an die Hauptkläger verurtheilt, und die Adzitaten ihm gegenüber zur Rückerstattung für schuldig erklärt, ihn aber wegen des vierten Viertels zum besondern Verfahren verwiesen hat, von den Adzitaten sowohl dem Heinrich Hambloch als den ursprünglichen Hauptklägern gegenüber durch Berufung angegriffen ist; daß aber der Hauptantrag derselben gegen Heinrich Hambloch allein gerichtet ist und dahin geht, die Garantieklage als unstatthaft und ungegründet abzuweisen; daß dieser Antrag darauf gestützt wird, daß eine condictio indebiti nicht statt finde, weil ihnen der ihnen gezahlte Antheil an der Forderung der 7000 Thlr. wirklich gebührt habe, und weil jedenfalls der etwa vorgefallene Irrthum nur ein Rechtsirrthum und also nicht in Betracht zu ziehen sey;

J. E., daß aber die Frage, ob die Forderung der 7000 Thlr. den Erben des Christian Hambloch, oder denen der Magdalena Sinsteden zugefallen sey, und ob die nach der Behauptung der Appellanten statt gefundene Einigung über die den einen oder den andern zustehenden Antheile rückgängig gemacht werden könne, zwischen dem Appellaten und den Appellanten allein und ohne daß ihnen zugleich die ursprünglichen Hauptkläger gegenüberstehen, mit rechtlicher Wirkung nicht entschieden, und daher auf einen Antrag, welchen Appellanten bloß dem Heinrich Hambloch gegenüber genommen haben, die Gewährleistungsklage nicht aus jenem Grunde abgewiesen werden kann.

J. E., daß Appellanten eventualiter ihrer Berufung gegen die ursprünglichen Hauptkläger Folge gebend, auf Abweisung derselben mit der erhobenen Klage angetragen haben, und zwar gestützt auf die Behauptung, daß die Zahlung, welche die Hauptkläger verlangten, mit deren Einwilligung bereits an sie, die Appellanten, geleistet worden sey.

J. E., daß die Appellaten und ursprünglichen Hauptkläger die Annehmbarkeit dieser von den Gewährleistungsverklagten gegen sie eingelegten Berufung bestreiten, weil es sich nicht um eine formelle, sondern nur um eine einfache Gewährleistungsklage handele, und daher die Beigeladenen sich ihnen nicht als Hauptpartei gegenüberstellen könnten,

und weil ihr eigentlicher und einziger Gegner, der Hauptverklagte, principaliter nicht appellirt und jenen Einwand nicht zu dem seinigen gemacht habe.

J. E., daß aber Heinrich Hambloch, indem er die Appellanten beilud, um ihn gegen die angestellte Klage zu vertreten, ihnen nothwendig das Recht einräumte, die Einreden geltend zu machen, welche die Verurtheilung verhindern könnten, weil es gerade Zweck der Beiladung ist, den Gewährsmann in den Stand zu setzen, wo möglich, eine Verurtheilung abzuwenden, deren Folgen auf ihn zurückfallen sollen, aber nur dann zurückfallen können, wenn feststeht, daß das nachtheilige Urtheil nicht bloß einer mangelhaften Vertheidigung zuzuschreiben ist, sondern daß es nicht abgewendet werden konnte.

J. E., daß es zwar an und für sich möglich ist, den Hauptprozeß als dergestalt von dem Gewährleistungsprozeß getrennt zu denken, daß in Beziehung auf den Ersteren nur die Einreden in Betracht kämen, welche der Hauptverklagte ausdrücklich zu den seinigen gemacht und dem Hauptkläger entgegengesetzt hätte, und daß die von dem Beigeladenen außerdem vorgebrachten Einwendungen gegen die Hauptklage nur von dem Gesichtspunkte aus zu prüfen seyen, ob sie, falls sie der Hauptklage entgegengesetzt worden wären, deren Abweisung zur Folge gehabt haben würden, und ob also die Vertretungsklage wegen mangelhafter Vertheidigung gegen die Hauptklage zurückgewiesen werden müsse; daß aber eine solche das Recht des Hauptverklagten auf Gewährleistung modifizirende oder gar aufhebende und dem Zwecke der Beiladung geradezu widersprechende Willensmeinung bei dem Hauptverklagten nicht unterstellt werden kann, vorausgesetzt auch, daß der Beigeladene sich eine solche Einschränkung gefallen lassen müßte, und zwar selbst dann, wenn nicht zugleich auf das ganze Gewährleistungsrecht verzichtet würde.

J. E., daß aber der Hauptkläger kein rechtliches Interesse hat, zu widersprechen, wenn der Hauptverklagte, ohne zu verlangen, daß er aus dem Prozesse gesetzt werde, das ihm zustehende Vertheidigungsrecht ganz oder zum Theil durch den Adzitaten ausüben läßt; daß die Einlegung der Berufung nur ein Mittel ist, die Vertheidigung fortzusetzen, und daher dem Beigeladenen ebenfalls zusteht; daß sonach die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung als unge=

gründet erscheint. Was nun den von den Appellanten geltend gemachten Einwand selbst betrifft, daß nämlich die Zahlung, welche die Hauptkläger verlangten, mit deren Einwilligung bereits an sie, die Appellanten, geleistet worden sey.

J. E., daß in den von dem Heinrich Hambloch vorgelegten Quittungen aus dem Monate Juni der Jahre 1830 bis 1834 und dem December 1836 jeder der Hauptkläger, beziehungsweise deren Rechtsvorgänger bekennen, daß ihnen das jedesmal fällig gewesene Sechstel desjenigen, was ihnen von den 7000 Thlr. aus dem Schenkungsakte vom 11. Mai 1823 zukomme, mit 97 Rthlr. 13¼ Stüb. gezahlt worden sey; daß hierin das Anerkenntniß liegt, die Forderung sey in der Art auf die Hauptkläger übergegangen, daß jedem von ihnen 583 Rthlr. 20 Stübr., also nicht mehr, gebühre; daß zwar nicht zugleich ausdrücklich erklärt worden ist, daß Heinrich Hambloch von dem übrigen Theile der Forderung von 7000 Thlr. jedem der Appellanten ein Sechstel zu zahlen habe; daß aber die Berechnung, nach welcher die Hauptkläger jeder 583 Rthlr. 20 Stüb. zu erhalten hatten, augenscheinlich auf der Annahme beruhten, daß die 7000 Thlr. unter die Erben der Magdalena Sinsteden zu vertheilen seyen, weil unter dieser Voraussetzung auf jeden der Kläger gerade 583 Rthlr. 20 Stüb. fielen, die Voraussetzung selbst aber dadurch erklärt wird, daß nach dem Testamente des Christian Hambloch die von der Magdalena Sinsteden herkommenden Immobilien unter deren Erben vertheilt werden sollten, und die 7000 Thlr. von einem der Magdalena Sinsteden gehörig gewesenen Gute herrührten; daß unter diesen Umständen anzunehmen ist, daß Heinrich Hambloch dem Willen der Hauptkläger gemäß verfuhr, wenn er jedem von ihnen nur 583 Rthlr. 20 Stüb. und jedem der Appellanten 1166 Rthlr. 40 Stüb. zahlte; daß hierdurch die Eigenschaft desselben als Schuldner aufhörte, daß daher die angestellte Klage, welche auf der Fortdauer des ursprünglichen Schuldverhältnisses aus dem Schenkungsakte vom 11. Mai 1823 beruht, in soweit die Appellanten dabei ein Interesse haben, als ungegründet abgewiesen werden muß, und den ursprünglichen Hauptklägern nur überlassen werden kann, ihre etwaigen Rechte auf diejenigen Summen, welche Appellanten von den 7000 Thlr. zwar

aus den Händen des Heinrich Hambloch, aber vermöge der Verfügung der Hauptkläger, also rechtlich von diesen selbst, empfangen haben, durch eine gegen die Appellanten unmittelbar zu richtende Klage geltend zu machen, sofern sie das Zurückforderungsrecht begründen zu können glauben.

J. E., daß hierdurch die in dem Urtheile a quo ausgesprochene Gewährleistungsverbindlichkeit der Appellanten von selbst wegfällt.

J. E., daß Heinrich Hambloch deshalb, weil er mit seinem Anspruche wegen des ihm selbst zustehenden vierten Viertels der den Appellanten gezahlten Summen zum besonderen Verfahren verwiesen worden ist, nur für den Fall incidenter appellirt hat, daß die Hauptberufung der Adzitaten verworfen werden sollte; daß, da dieser Fall nicht eintritt, die Incidentberufung als nicht vorliegend zu betrachten ist.

J. E., daß die von Heinrich Hambloch subsidiarisch den ursprünglichen Hauptklägern gegenüber eingelegte Berufung sich dadurch erledigt, daß auf den Antrag der seine Rechte geltend machenden ursprünglichen Adzitaten die Hauptklage insofern, als diese dabei ein Interesse haben, abgewiesen wird; daß der Antrag des Heinrich Hambloch für den Fall, daß das Urtheil a quo auf den Antrag der Adzitaten reformirt werden sollte, zwar den Worten nach allgemein auf Abweisung der Klage gerichtet ist, daß aber, weil dieser Antrag von jener Bedingung abhängig gemacht worden ist, angenommen werden muß, daß er sich nur soweit erstrecken sollte, als die Bedingung eintritt und eintreten konnte, nämlich insoweit es sich nicht um diejenigen zwei Viertel handelt, zu deren Rückerstattung an ihn, die nicht mehr im Prozesse befindliche Wittwe Kemmerling und die Kinder Bayer verurtheilt worden sind.

Aus diesen Gründen.

reformirt der K. Rh. A. G. Hof, auf die Berufung der Wittwe Kautz und der Eheleute Ploog, als die Rechte ihres Garantieklägers Heinrich Hambloch und beziehungsweise ihre eigenen ausübend, das Urtheil des Königl. Landgerichtes zu Cöln vom 24. Januar 1838 insofern, als Heinrich Hambloch verurtheilt worden ist, den ursprünglichen Hauptklägern von der Summe von 3500 Rthlr. Cölnisch oder 2692 Thlr.

9 Sgr. 2 Pfn. Preußisch Courant sammt Zinsen vom Tage der Klage und den Prozeßkosten zwei Viertel zu zahlen, und insofern die Ehefrau Ploog und die Wittwe Kautz gehalten erklärt worden sind, jede ein Viertel jener Summe dem Heinrich Hambloch zurückzuerstatten, und in dem nämlichen Verhältnisse die Kosten der Beiladung zu bezahlen, weiset an dessen Statt die Hauptkläger mit ihrem desfalsigen Anspruche gegen Heinrich Hambloch ab, erklärt somit das Recht desselben, von der Ehefrau Ploog und der Wittwe Kautz eine Rückerstattung zu verlangen, als von selbst wegfallend, erklärt durch die in Ansehung jener zwei Viertel erfolgte Abweisung der Hauptklage die von Heinrich Hambloch subsidiarisch den ursprünglichen Hauptklägern gegenüber eingelegte Berufung für erledigt, legt dem Heinrich Hambloch die sämmtlichen Kosten beider Instanzen der Wittwe Kautz und den Eheleuten Ploog gegenüber zur Last, verurtheilt zwischen Heinrich Hambloch und den ursprünglichen Hauptklägern erkennend, die Letzteren in die sämmtlichen Kosten, die der Beiladung mit einbegriffen, insoweit solche nicht rechtskräftig der Wittwe Kemmerling und den Kindern Bayer auferlegt worden sind.

I. Senat. Sitzung vom 14. August 1838.

Advokaten: Mauß — Holthof — Bauerband.

Zehnte. — Entschädigung.

Kann der Zehntherr Entschädigung fordern, wenn das zehntpflichtige Grundstück eine Zeitlang unkultivirt liegen bleibt?

Bernsau — Stommel.

Stommel belangte den Bernsau bei dem Königl. Landgerichte zu Düsseldorf auf Entrichtung des Zehnten von einem gewissen zehntpflichtigen Grundstücke. Beklagter setzte dieser Klage entgegen, daß er das Grundstück unbebaut gelassen und bloß zur Weide benutzt habe. Kläger könne dafür, daß das Grundstück nicht mit Früchten bestellt worden, um so weniger eine Entschädigung verlangen, als es ihm, Beklagten freistehe, sein Eigenthum nach Willkühr zu benutzen, zudem aber das zehntpflichtige Grundstück durch die bloße Benutzung zur Weide an Ertragsfähigkeit für die Zukunft gewinne.

Das Königl. Landgericht zu Düsseldorf verwarf durch Urtheil vom 23. August 1837 diese Einwendung des Beklagten und verurtheilte ihn nicht nur für die Zukunft den eingeklagten Zehnten an den Kläger zu entrichten, sondern denselben auch für die Vergangenheit wegen der Nichtleistung des Zehnten zu entschädigen.

Hiergegen appellirte Bernsau. Der Anwalt des Appellaten Stommel trug subsidiarisch darauf an, ihm den Beweis darüber nachzulassen, daß Appellant seit mehren Jahren die den Gegenstand der Klage bildende Länderei als Weide benutzt habe; eventualiter ein Gutachten von Sachverständigen darüber zu verordnen, ob eine solche Art der Benutzung den Regeln der Agrikultur mit Berücksichtigung der Natur des quest. Landes gemäß und ob solche nicht zum offenbaren Schaden des Zehntherrn gereiche.

Es erging folgendes

Urtheil:

J. E., daß der erste Richter von der Voraussetzung ausgegangen ist, daß der Appellant das fragliche Stück Land in eine Wiese umgeschaffen habe;

Daß aber Appellant diese Umschaffung in eine Wiese ausdrücklich verabredet und behauptet, er habe das Grundstück eine Zeitlang, damit es sich erhole, unkultivirt liegen lassen, und als Weide benutzt.

Daß wenn diese Angabe, wovon das Gegentheil nicht erwiesen, noch zu erweisen erboten worden, als wahr unterstellt wird, die von dem Appellaten angerufenen und von dem ersten Richter zur Anwendung gebrachten Gesetze (Allg. L. R. Theil II. Tit. 11, § 878, 885. Rescript vom 12. Juli 1706) die Verurtheilung des Appellanten nicht begründen können, da derselbe weder auf dem fraglichen Grundstück eine andere Art von Erzeugnissen, als wozu dasselbe bisher gewöhnlich genutzt worden, gebauet, noch eine Art von Kultur vorgenommen hat, wodurch die Gestalt und Bestimmung des Grundstückes gänzlich verändert worden.

J. E., daß daher auch die Subsidiar-Anträge des Appellaten unerheblich erscheinen, da die Erledigung derselben zu keinem Resultate führen würde, welches die Anwendung der bezogenen Gesetze begründen, und die Klage rechtfertigen könnte;

Daß, wenn Appellat auf den Grund des § 884. l. c. des Allgem. L. R. befugt gewesen seyn sollte, das fragliche

Grundstück in Kultur zu nehmen, die Nichtausübung solcher Befugniß eine Entschädigungs-Forderung nicht begründen kann;

Daß übrigens Appellant die Zehntpflichtigkeit des fraglichen Grundstückes nicht bestreitet.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. unter Verwerfung der appellatischerseits erhobenen Einrede der Unzulässigkeit der Berufung das, vom Landgericht zu Düsseldorf am 23. August 1837 erlassene Urtheil, und erklärt an dessen Statt, daß unbeschadet des nicht bestrittenen Rechts zur Erhebung des Zehntens von den zehntbaren Früchten, welche auf dem in Frage stehenden Acker erzielt werden, die Klage des Appellaten auf Entschädigung wegen Nichterzeugung solcher Früchte abzuweisen sey.

III. Senat. Sitzung vom 27. Juli 1838.

Advokaten: Schöler — Bauerband.

Kontumazial-Urtheil. — Opposition. — Wiederholung.

Die Vorschrift, daß die wider ein Kontumazial-Urtheil, durch die Parthei angemeldete Opposition durch Bittschrift von Anwalt zu Anwalt wiederhohlt werden soll, wird dadurch nicht entbehrlich, daß der Oppositionsact die Gründe des Einspruchs und die Vorladung des Oppositen unter Benennung eines Anwaltes für den Opponenten enthält. Art. 162 der B. P. O.

Becker — Kerp.

Unterm 1. August 1836 appellirten die Eheleute Becker gegen ein zu ihrem Nachtheil bei dem Königl. Landgerichte zu Trier ergangenes Urtheil; bestellten aber in dem Appellacte zu ihrem Anwalte den bereits am 4 Juli desselben Jahres verstorbenen Herrn Advokat-Anwalt Kramer. Im Monate Juli des folgenden Jahres, erwirkte der Anwalt des Appellaten Kerp bei dem Appellationsgerichtshofe ein Kontumazial-Urtheil, wodurch der Appellact für nichtig erklärt und die eingelegte Berufung verworfen wurde.

Gegen dieses, den Appellanten gehörig zugestellte Urtheil machten sie einen motivirten Einspruch, unter Bestellung des Herrn Advokaten Haas zu ihrem Anwalte. Da sie

es aber versäumten, diese Opposition durch eine förmliche Bittschrift von Anwalt zu Anwalt zu wiederhohlen, so wurde darum gestritten, ob die Opposition annehmbar sey.

Hierüber erging folgendes Urtheil:

J. E., daß der Oppositionsact vom 29. Januar 1838 weder von dem Anwalte des Opponenten ausgegangen, noch in der Form einer Bittschrift abgefaßt, und dem Anwalte des Oppositen zugestellt worden ist;

Daß derselbe daher nur als außergerichtliche Handlung angesehen werden kann;

Daß demzufolge die eingelegte Opposition nach Art. 162 der Cr. P. O. innerhalb 8 Tagen durch eine förmliche Bittschrift hätte wiederhohlt werden müsse;

Daß diese Förmlichkeit dadurch nicht entbehrlich wird, daß der Oppositionsact die Gründe des Einspruches und die Vorladung des Oppositen unter Benennung eines Anwaltes für den Opponenten enthält; indem das Gesetz die Annehmbarkeit der Opposition gegen ein Kontumazial-Urtheil ausdrücklich davon abhängig macht, daß der Anwalt des Opponenten selbst auftrete, und bei dem Gerichte die Bitte um Zurücknahme des von ihm erlassenen Kontumazial-Urtheiles unter Mittheilung dieses Gesuches an den Gegen-Anwalt zur Entscheidung bringe.

Aus diesen Gründen

verwirft der A. G. H. die Opposition wider sein Kontumazial-Urtheil vom 27. Juli 1837 als unannehmbar unter Verurtheilung des Opponenten in die Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 27. Juli 1838.

Advokaten: Haas — Borchhardt.

Kirchengut. — Zurückgabe des supprimirten. — Besitzeinweisung. — Autorisation zur Klage.

Nach den Regierungs-Beschlüssen vom 7. Thermidor J. XI. und 28. Frimaire J. XII. bis zur Erscheinung des St. R. G. A. vom 23. Dezember 1806 bis 25. Januar 1807 war der Besitz, der durch erstere den Pfarrkirchen wiedergegebenen Güter rechtmäßiger Eigenthums-Besitz: eine förmliche Besitz-Einweisung von Seiten des

Staates an die Kirche, war damals behufs des Rückfalles des supprimirten Eigenthums derselben nicht erforderlich.

Das St. R. G. A. vom 23. Dezember 1806 hatte nicht die Wirkung, die Rechtmäßigkeit eines damals bereits vorhandenen Besitzes der Kirche von einer ausdrücklichen Anerkennung des Staates mittelst spezieller Einweisung in das besessene Gut abhängig zu machen.

Der Art. 3 des Decrets vom 17. März 1809 leidet keine Anwendung hinsichtlicher solcher Kapellen, welche vor ihrer Suppression zu nicht aufgehobenen Pfarrkirchen gehörten.

Die Autorisation einer Kirche zur Klage auf ein supprimirtes Kirchengut vertritt nicht die nach dem St. R. G. A. vom 23. Dezember 1806 erforderliche Besitzeinweisung.

Langenfeld — Kirchenvorstand zu Langenfeld.

Von der Königlichen Regierung dazu gehörig ermächtigt stellte der Verwaltungsrath der Pfarrkirche zu Langenfeld eine Vindication der Kapelle zum h. Jodaus, genannt St. Jost-Kapelle, gegen Mich. Langenfeld als Besitzer derselben an, indem er sich zum Beweise erbot:

„daß die Kapelle bis zu der am 27. Frimàre J. IX. erfolgten Suppression zu der Pfarrkirche von Langenfeld gehört habe und von dem jeweiligen Pfarrer von Langenfeld administrirt worden sey."

Der Verklagte bestritt zunächst die Legitimation der Klägerin zur Sache, weil ihr nie in Gemäßheit des Kaiserl. Decretes vom 17. März 1809 Art. 3, das Eigenthum der Kapelle wieder zugewiesen worden sey, und behauptete ferner, daß er im J. 1821 Ansteigerer des Domainen-Gutes „St. Jodaus-Mühle" geworden, und die innerhalb der Grenzen desselben gelegene Kapelle als superficies solo cedens eine Pertinenz desselben, als solche auch vom frühern Pächter des Gutes zu wirthschaftlichen Zwecken, z. B., als Scheune benutzt, und von ihm, Verklagten, als sein Privateigenthum dem Gottesdienste von Neuem geöffnet worden sey. Subsidiarisch suchte er den Kaufact von 1821 als Titel zur Verjährung geltend zu machen.

Das Königl. Landgericht in Koblenz verwarf die Einrede der mangelnden Legitimation zur Klage, weil dieselbe in der von Seite der Königl. Regierung ertheilten Autorisation zum Prozesse ihre Erledigung finde, hielt eben so wenig die übrigen Einwendungen des Verklagten für begründet und verurtheilte ihn — nachdem es den von der Klägerin erbotenen Beweis zugelassen und für erbracht angenommen hatte — zur Abtretung der Kapelle.

Zur Rechtfertigung der gegen diese Entscheidung und das voraufgegangene Interlocut eingelegten Berufung reproducirte der Verklagte in zweiter Instanz seine gedachten Einreden. Das öffentliche Ministerium concludirte dahin, daß die Autorisation zur Klage, statt einer Besitz-Einweisung mit dem ersten Richter, um so weniger die Legitimation zur Sache begründen könne, als die betreffenden Decrete der Königl. Regierung von der Abtheilung des Innern ausgegangen seyen, welcher die Verwaltung der Domänen nicht zustehe (vergl. Archiv Bd. XXV, S. 190); daß übrigens das Decret vom 17. März 1809 auf den vorliegenden Fall keine Anwendung leide, wohl aber auf Grund des St. R. G. A. vom 23. Dezember 1806 bis 25. Januar 1807 die Klägerin als zur Zeit nicht qualifizirt mit ihrer Klage abgewiesen werden müsse.

Der Appelhof theilte weder die Ansicht des ersten Richters, noch die des Appellanten, und die des öffentlichen Ministeriums nur in den beiden ersten Sätzen, indem er das landgerichtliche Erkenntniß aus einem vierten Gesichtspunkte bestätigte, zu dessen Verständigung hier noch angeführt wird, daß das Vermögen der Kapelle zwar nach dem Suppressions-Protocolle vom 27. Frimäre J. XI. durch die Domänenverwaltung eingezogen worden war, nichtsdestoweniger aber der Pfarrer zu Langenfeld nach wie vor im Besitze der Kapelle selbst durch Fortsetzung des Gottesdienstes darin bis um's Jahr 1807 sich erhielt, in welchem die geistliche Obrigkeit diesen einstellen ließ, worauf alsbald der Pächter des Domainal-Mühlengutes von dem Domänen-Empfänger die Erlaubniß zur Benutzung der Kapelle nachsuchte und derselbe zur Zeit dagegen nichts zu erinnern hatte. Hiernach lautete das Urtheil des Appelhofes also:

J. E., daß der appellatischen Kirchenverwaltung zuvörderst die Einrede der mangelnden Legitimation zur Klage

aus dem Grunde entgegengesetzt worden ist, weil eine Ueberweisung der fraglichen St. Jost-Kapelle von Seite des Staates an dieselbe in der durch Art. 3 des Kaiserl. Decretes vom 17. März 1809 vorgeschriebenen Form nie geschehen sey.

J. E., daß dieser Artikel in Verbindung mit dem Art. 1 des darin angezogenen Decretes vom 30. Mai 1806 nur von supprimirten Kapellen geistlicher Körperschaften handelt, und deren Ueberweisung an die Pfarrkirchen, in deren Bezirk sie gelegen sind, ohne jedoch früher mit denselben in einer Verbindung gestanden zu haben, verordnet;

Daß aber die Appellatin ihre Klage auf die Behauptung, die St. Jost-Kapelle habe schon vor der Suppression stets ihr angehört, und auf die Regierungs-Beschlüsse vom 7. Thermidor J. XI. und 28. Frimaire J. XII. stützt.

J. E., daß durch die Urkunde vom Jahre 1464, die Kirchenrechnungen von 1756 und 1786, das Suppressions-Protocoll vom 27. Frimaire J. XI. (nicht J. IX. nach der vorliegenden hinsichtlich ihrer Richtigkeit unbestrittenen Abschrift) und die Zeugenaussagen, insbesondere die Depositionen des ersten und sechsten Beweiszeugen und des vierten und fünften Gegenbeweiszeugen, in Gemäßheit der Ausführung des ersten Richters den Beweis zur Genüge liefern, daß genannte Kapelle von der Kirche zu Langenfeld dergestalt abhängig war, daß der Pfarrer der Letztern als solcher auch den Gottesdienst in der Kapelle versah und ihr Einkommen gleich dem, seiner Hauptkirche bezog, verwaltete;

Daß sie mithin recht eigentlich zum Fabrikgute der Pfarrei Langenfeld gehörte und durch den Art. 1 des Beschlusses vom 7. Thermidor J. XI. mit ihrer Mutterkirche zu Langenfeld wieder vereinigt worden ist, da der Fiscus eine Veräußerung derselben an dritte Personen unbestrittenermaßen bis dahin nicht vorgenommen hatte;

Daß auch, ungeachtet ihrer am 27. Frimaire n. J. bereits realisirten Suppression, welche die auf verheimlichte Staatsgüter bezügliche Allerh. K. O. vom 23. Mai 1818 unanwendbar macht, der Pfarrer zu Langenfeld nach Inhalt der Aussagen des ersten Zeugen in dem Verhöre vom 18. Juli und des zweiten und letzten in dem Verhöre vom 29. August 1836 nach jenem Beschlusse, namentlich 1804 und 1805, den Gottesdienst in der Kapelle wirklich wieder ver-

richtet hat, somit in den etwa verlorenen Besitz wieder eingetreten ist;

Daß damals und zwar kürzestens bis zur Erscheinung des Staatsrathsgutachtens v. 23. Decbr. 1806 bis 25. Jan. 1807, eine Besitzeinweisung der Kirchen in die ihnen, durch die Beschlüsse vom 7. Therm. J. XI., und 28. Frimaire J. XII. zurückgegebenen Güter von Seite des Staates behufs Wiedererlangung derselben nicht erforderlich war, der Rückfall ihres Eigenthums vielmehr kraft dieser Gesetze geschah;

Daß dieses nicht nur aus der, in Beziehung auf den Frimäre-Beschluß erlassenen, Instruction des General-Directors der Domänen vom 6. Pluv. J. XII. ergibt, worin es heißt: «Les receveurs (des domaines) cesseront de les (biens rendus aux fabriques etc.) régir au nom de la république,» und aus dem St. R. G. A. vom 28. bis 30. Frim. J. XII. in seinem Entscheidungsgrunde, sondern auch aus dem St. R. G. A. vom 25. Januar 1807 selbst, indem dasselbe, von der bisherigen factischen und rechtlichen Anerkennung dieses Sinnes mehrgedachter Beschlüsse ausgehend, ausdrücklich für die Zukunft das Verbot der eigenmächtigen Besitzergreifung der den Kirchenfabriken oder Geistlichen wiedergegebenen Güter ergehen läßt;

Daß hiernach der erwiesene Besitz der St. Jost-Kapelle in den Jahren 1803, 1804, 1805 und 1806, in den Händen der Appellatin ein rechtmäßiger Eigenthums-Besitz war, und durch das nicht rückwirkende St. R. G. A. vom 25. Januar 1807 nicht aufgehört hat, dieses zu seyn;

Daß demgemäß die nachherige blos thatsächliche Unterbrechung des Gottesdienstes den Verlust des Eigenthums der Appellatin nicht mehr bewirken konnte, insofern dieselbe nicht den Erwerb desselben von Seite eines Andern zur Folge hatte.

J. E., daß in dieser Hinsicht Appellant behauptet, das Eigenthum der Kapelle sey sowohl nach Art. 94 der Constitution J. XIII., durch den am 22. October 1821 von der Domänen-Verwaltung an ihn geschehenen Verkauf der St. Joda-Mühle und ihrer Pertinenzen, als durch Verjährung auf ihn übergegangen;

Daß aber die dem Verkaufs-Protocolle vom 22. October 1821 beigefügte Beschreibung des veräußerten Domainalgutes, die in Rede stehende Kapelle offenbar nicht enthält, und diese als stillschweigend in dem Verkaufe begriffen —

abgesehen von dem widersprechenden Regierungs-Rescripte vom 25. September 1834 — um so weniger angesehen werden kann, als sie, wie schon das Königl. Landgericht dargethan hat, niemals Pertinenz der Mühle war, und die angebliche Lage innerhalb des im Verkaufs-Protocolle bezeichneten Flächenraumes einerseits wegen der gleichzeitigen Benennung der Natur des Letztern als: „Hofraum, Acker" u. s. w., andrerseits deshalb nicht entscheidend seyn kann, weil nach § 2. der Verkaufsbedingungen für den Flächenraum, dem Appellanten keine Gewähr geleistet worden ist;

Daß somit der Kauf von 1821 keinen Titel zum Besitze des Appellanten an der Kapelle abgibt und seine hiervon abweichende Meinung keine Rücksicht verdient;

Daß sein Besitz endlich die Dauer der Verjährung ohne Titel nicht hat, und die zum Beweise von ihm erbotenen Thatsachen nach allem diesem unerheblich erscheinen.

Aus diesen Gründen

verwirft der Kgl. Rh. A. G. H. die gegen die Erkenntnisse des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 25. April 1836 und 23. Januar 1837 eingelegte Berufung als unbegründet, und verurtheilt den Appellanten in die Geldbuße und in die Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 18. August 1838.

Advokaten: Lautz — Bauerband.

Scheidemauer. — Gemeinschaftlichkeit. — Kennzeichen.

Eine Scheidemauer, die das Eigenthum der Anlieger so trennt, daß von der Seite des Einen nur Gebäulichkeiten, von der Seite des Andern sich Gebäulichkeiten und Hofraum befinden, ist als séparant bâtimens de bâtimens zu betrachten.

Art. 653 des B. G. B.

Der Art. 654 des B. G. B. ist nicht limitativ.

Mehrere Merkmale der nicht statt findenden Gemeinschaft.

Engelsmann — Lichtenberger.

Die Mauer, die sich zwischen dem zu Kreuznach gelegenen Eigenthum der Partheien herzieht, benutzen sie so, daß Engelsmann ihrer ganzen Länge nach Gebäulichkeiten:

Wohnhaus und Küche, die Frau Lichtenberger Wohnhaus, Hofraum und dann ein Salzmagazin an derselben liegen hat. Im Hofraume hat die Frau Lichtenberger Blumenbretter an der Mauer angebracht. Engelsmann klagte auf Wegnahme dieser, so wie des Salzmagazins, aus dem Grunde, weil er alleiniger Eigenthümer der Mauer sey. Das Landgericht zu Koblenz verordnete eine Expertise und Ortsbesichtigung, die herausstellte, daß Engelsmann auf der ganzen Länge der Mauer sein Dach liegen, daß er in derselben Nischen und Treppenhaus angebracht hat, ja, daß er sogar Fenster und einen Schornstein durch dieselbe gehen läßt; daß dagegen die Frau Lichtenberger dieselbe als südliche Schlußmauer ihres Hauses im ersten und zweiten Stocke benutzt, in dessem Innern sie angestrichen ist; daß sie im dritten Stockwerke die Schlußmauer nicht auf die streitige, sondern auf einen Tragstein 5 Zoll von derselben zurücksetzte. Das Landgericht wies den Kläger durch Urtheil vom 21. Dezember 1837 mit seiner Klage ab. Hiergegen legte Engelsmann Appell ein, zu deren Rechtfertigung sein Anwalt bemerkte: Die Mauer stehe ganz auf dem Eigenthum seines Clienten; es werde der Beweis erboten, daß dieser ein Dachtraufs-Recht von 2 Schuhen auf dem Lichtenbergerschen Hofe habe, es könne also von einer Scheidemauer die Rede nicht seyn (Art. 681 des B. G. B.). Der Gesetzgeber gehe im Art. 653 ibidem von dem Gesichtspunkte aus, daß beide Anlieger die Mauer ziemlich gleichmäßig benutzten, die streitige sey aber nicht nur von Engelsmann fast ausschließlich benutzt, sondern Appellatin habe ihr Nichteigenthum auch dadurch eingestanden, daß sie die südliche Schlußmauer ihres dritten Stockwerks 5 Zoll von derselben zurücksetzte. Der Art. 653 spreche von mur de séparation entre bâtimens ou entre cours et jardins, nicht aber entre bâtimens et cours: wo die Mauer das Haus des Engelsmann von dem Hofe der Lichtenberger scheide, sey die Mauer also jedenfalls nicht gemeinschaftlich und die dort angebrachten Blumenbretter müßten jetzt schon weggenommen werden. In Beziehung auf das Salzmagazin ward der Beweis erboten, daß es nichts als ein hölzerner Schuppen sey, daß also auch der massiven Küche des Engelsmann gegenüber die gleichmäßige Benutzung der Mauer für beide Partheien nicht vorhanden sey.

Urtheil:

J. E., daß nach dem Art. 653 des B. G. B. eine zur Scheidewand dienende Mauer in den Städten und auf dem Lande als gemeinschaftlich betrachtet wird, wenn nicht das Gegentheil aus einem besondern Rechtsgrunde — titre — oder aus andern Merkmalen hervorgeht;

Daß die fragliche Mauer wirklich die Wohnungen der Partheien scheidet, folglich eine solche Mauer ist, wovon der angeführte Art. des B. G. B. spricht und es also noch darauf ankömmt, ob sich an dieser Mauer solche Merkmale vorfinden, welche nicht auf eine Gemeinschaft, sondern auf das von dem Appellanten behauptete ausschließliche Eigenthum mit Zuverlässigkeit schließen lassen;

Daß der Art. 654 des B. G. B. einige Merkmale, welche die Gemeinschaft ausschließen, jedoch nur Beispielweise anführt, und die zur Ermittelung des Sachverhältnisses zugezogenen Sachverständigen in ihrem Berichte unter I. Ziffer 1 bis 18 solche Kennzeichen angegeben haben, wonach ihrem Gutachten zu Folge, die fragliche Mauer als ausschließliches Eigenthum des Appellanten angenommen werden kann;

Daß von diesen Kennzeichen vorzugsweise folgende anzuführen sind:

1) die in der Mauer befindlichen Krag- oder Tragsteine — Corbeaux — worauf der außerhalb der Mauer aufgeführte zum Kochheerd des Appellanten im zweiten Stock dienende Schornstein ruht, und über den Reul der Appellatin hinausreicht; — (Bericht der Sachverständigen I. Z. 10.)

2) der Appellant hat sowohl in der Küchenmauer, woran das Salzmagazin und die Blumenbretter anliegen, als in den zwei Etagen des Wohnhauses Mauerschränke, Treppennischen, eine im Gestell noch vorhandene aber zugemauerte Thür, blinde und mit eisernen Stäben versehene Lichtfenster gegen den Hof der Appellatin (Z. 5, 7, 9, I. des Berichts);

3) das Küchen- und übrige Dach des Hauses des Appellanten deckt die ganze streitige Mauer und zwar so, daß das Wasser auf den Hof und auf den Reul der Appellatin fällt (Z. 18 I. des Berichts);

4) die Dachwand des dritten Stockwerks der Appellatin ist auf einen in der fraglichen Mauer befindlichen Tragstein aufgesetzt, jedoch 5 Zoll weit von derselben entfernt, wogegen die nördliche Seite des Dachs des Appellanten ganz auf dieser Mauer ruht (Z. 16 I. des Berichts);

Daß diese Umstände, und Verhältnisse, wenn sie auch nicht buchstäblich in dem Art. 654 des B. G. B. als Kennzeichen des ausschließlichen Eigenthums vorkommen, doch als solche angesehen werden müssen, weil es nur dem ausschließlichen Eigenthümer gestattet ist, Mauer-Vertiefungen, Mauerschränke, Mauer-Nischen, Schornsteine, blinde Fenster und Lichtöffnungen ohne Bewilligung des Nachtbarn in der Mauer anzubringen, und der Appellant außer dieser einseitigen Benutzung der fraglichen Mauer die ganze Dicke derselben mit seinem darauf liegenden Dache nicht nur bedeckt, sondern auch das davon abfließende Wasser auf den Hof und Reul der Appellatin fallen läßt, wogegen diese an Statt ihrerseits von dieser Mauer, wenn sie gemeinschaftlich wäre, Gebrauch zu machen, ihren dritten Stock 5 Zoll entfernt von der Mauer auf einen darin angebrachten Tragstein zum sichtbaren Nachtheil ihrer Wohnung aufgeführt hat;

Daß die Appellatin außer dem Umstande, daß sie in den beiden untern Stockwerken ihre Wohnung an der fraglichen Mauer anliegt, kein Merkmal angegeben hat, woraus ein Miteigenthum entnommen werden konnte, vielmehr die Quermauren in ihren Stäben nicht einmal mit derselben verbunden sind (Z. 16 I. des Berichts);

Daß der von der Appellatin subsidiarisch angebotene Beweis als unerheblich nicht zu berücksichtigen ist, weil, wenn die in dem von den Sachverständigen angefertigten Plan bei Lichtenberger fortgesetzte Mauer, auch das ausschließliche Eigenthum derselben seyn sollte, doch daraus ein Miteigenthum der jetzt streitigen Mauer nicht gefolgert werden könnte.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rh. A. G. H. ohne den Haupt- und Subsidiar-Antrag der Appellatin zu berücksichtigen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 21. Dezember v. J. und erkennt an dessen Statt, daß die nördliche Seitenmauer des klägerischen Wohnhauses, gelegen zu Kreutz-

nach an der hohen Straße einer Seits von der Appellatin, und andrer Seits von Valentin Hönes begrenzt, auf den von den Sachverständigen, Bau-Inspektor Behr, Zimmermeister Martin Egert und Mauermeister Karst angefertigten Plan mit rother Farbe angelegt, von der Straße bis an die Grenze des Appellantischen Wohn- und Küchen-Gebäudes auf dem Plan in einer Länge von etwa 59 Fuß angegeben ausschließliches Eigenthum des Appellanten sey, verurtheilt demgemäß die Appellatin, das vor mehrere Jahren erbaute sogenannte Salzmagazin, so wie die in derselben angebrachten Blumenbretter binnen vier Wochen wieder zu entfernen;

Authorisirt im Entstehungsfalle den Appellanten solches auf Gefahr und Kosten der Appellatin zu thun;

Beurkundet dem Appellanten, daß er zwar zugibt, daß die auf dem Plan mit Lichtenberger bezeichnete Fortsetzung der streitigen Mauer, dermalen nicht Gegenstand des Rechtstreites, keineswegs aber, daß dieselbe gemeinschaftliches oder gar alleiniges Eigenthum der Appellatin sey.

I. Senat. Sitzung vom 27. Juni 1838.

Advokaten: von Hontheim — Lautz.

Hauptberufung. — Inzidentberufung.

Wohlleben — Zinken.

Da der Art. 443 der B. P. O. dem Appellaten gestattet, in jeder Lage der Sache die Inzidentberufung einzulegen, ohne zu unterscheiden, ob das Urtheil einen oder mehrere Streitpunkte entschieden habe, und ob die Inzidentberufung einen andern Punkt betreffe als denjenigen, wegen dessen die Hauptberufung eingelegt worden ist, so erscheint die Einrede der Unzulässigkeit einer Inzidentberufung, in soweit sie darauf gestützt wird, daß wegen des den Gegenstand derselben bildenden Streitpunktes keine Hauptberufung vorliege als unbegründet.*)

I. Senat. Sitzung vom 13. August 1838.

Advokaten: Holthoff — von Hontheim.

*) Man vergleiche Archiv Bd. XXV. Seite 218 und folgende, und Bd. XXVI. Seite 153.

Rechnungsrezeß. — Rekurs. — Verwaltungs-
behörde. — Gerichte. — Kompetenz.

Sind die Gerichte kompetent, über den Rekurs zu entscheiden, welchen ein rechnungspflichtiger Beamter gegen den ihm von der Verwaltungsbehörde gezogenen Rezeß erhebt?
Steht ihnen insbesondere dann eine Cognition darüber zu, wenn die Verwaltungsbehörde selbst darüber entschieden hat?

Die nachstehende Entscheidung ist um so merkwürdiger, als sie der Ansicht zuwiderläuft, welche der Revisions- und Cassationshof in mehren analogen Fällen befolgt hat.

Herhahn — Kommunalkasse zu Gymnich.

J. E., daß der Zahlungsbefehl vom 24. October 1835, gegen welchen Appellant am 2. November ejusdem Opposition eingelegt hat, sich auf eine Verfügung der Königl. Regierung zu Köln gründet, und zwar, wie aus der ebenfalls in Bezug genommenen landräthlichen Verfügung vom 13. October 1835 hervorgeht, auf diejenige, welche am 1. April 1828 erlassen worden ist.

J. E., daß die Eingangsworte dieses bei den Akten der Appellatin in beglaubigter Abschrift befindlichen Erlasses also lauten:

„Nachdem das Revisionsprotokoll der unterzeichneten Königl. Regierung vom 17. October über die Gemeinde-Stück-Rechnung der Bürgemeisterei Gymnich pro 1826 von dem Rendanten Herhahn beantwortet, von dem Gemeinderathe und Landrathe begutachtet worden, so wird nunmehr über die unerledigt gebliebenen Notaten folgende Entscheidung erlassen rc.“

und daß es am Schluße heißt:

„Die Landräthliche Behörde wolle nunmehr darauf halten, daß der Herhahn die demselben nach vorstehender Entscheidung zur Last stehenden Summen ohne allen Verzug in die Gemeindekasse abführe, da allenfalsige Reklamationen doch nich weiter berücksichtigt werden können.“

J. E., daß es hiernach keinem Zweifel unterliegt, daß die Königl. Regierung zu Köln über den, dem Appellanten

zur Last fallenden Rechnungsrezeß wirklich entschieden hat, sey es nun competenter oder incompetenter Weise; daß die Verwaltungsbehörden in ihren Amtsverrichtungen von den Gerichten unabhängig, und letztere daher nicht befugt sind, eine, von einer Verwaltungsbehörde, selbst unter Ueberschreitung der Gränzen ihrer Competenz, erlassenen Entscheidung direkt oder indirekt aufzuheben; daß dieser Grundsatz nicht der Rheinischen Gesetzgebung eigenthümlich, sondern in der Natur der Sache wesentlich begründet ist, weil durch ihn die ungestörte Wirksamkeit der Verwaltungsbehörden und der geregelte Gang der Staatsverwaltung bedingt wird; daß daher die in den Gesetzen und Verordnungen vorkommenden spezielleren Bestimmungen als mit derselben in Einklange stehend gedacht werden müssen, so lange nicht das Gegentheil klar erhellet;

Daß nun zwar der § 15. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 bestimmt, daß gegen Verfügungen der Regierungen, welche sie in ihrer Eigenschaft als Finanzbehörden erlassen, die sich mithin auf die Vermögensverwaltung des Fiscus beziehen, einem Jeden, der seine Rechte dadurch gekränkt glaube, der Weg Rechtens unbenommen sey, und daß ein Gleiches in Absicht der Vermögensverwaltung anderer der Regierung untergeordneter moralischer Personen statt finde; daß jedoch hieraus mit Nothwendigkeit nichts weiter folgt, als daß die Gerichte und nicht die Verwaltungsbehörden berufen sind, die in dergleichen Sachen sich erhebenden Streitigkeiten zu entscheiden; daß also letztere sich darauf beschränken müßen, Verfügungen zu erlassen, aus welchen erkennbar ist, daß sie nicht haben entscheiden wollen; daß aber hiervon die Frage ganz verschieden ist, ob, wenn in einem Falle, der als unter dem § 15. cit. begriffen gedacht werden könnte, die Regierung nicht etwa bloß eine Verfügung erlassen hat, wie sie ohne Verkennung des Rechtes des Privaten, auf rechtliches Gehör zu provoziren, erfolgen kann, sondern wenn sie eine eigentliche Entscheidung gefällt, und dadurch zugleich ausgesprochen hat, daß sie nicht als Finanzbehörde im Sinne des § 15. verfüge, daß dieser § nicht anwendbar und sie zur definitiven Beschlußnahme competent sey, alsdann die Gerichte berufen sind, diesen Ausspruch der Regierung über ihre Competenz und in Folge dessen, die Entscheidung in der Sache selbst aufzuheben; daß

eine solche Befugniß, welche die Unabhängigkeit der Verwaltungsbehörden wesentlich beeinträchtigen würde, den Gerichten nicht beigelegt ist, und ihnen daher nach dem obigen Grundsatze nicht zusteht.

J. E., daß solchemnach die Incompetenzerklärung des ersten Richters sich schon dadurch rechtfertigt, daß er nicht berufen war, die Entscheidung der Königl. Regierung zu Köln vom 1. April 1828, auf welcher der Zahlungsbefehl vom 24. October 1835 beruht, aufzuheben *).

Aus diesen Gründen

verwirft der K. Rh. App. Gerichts-Hof die von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Köln, vom 8. Juni 1836 eingelegte Berufung, verurtheilt den Appellanten in Strafe und Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 13. August 1838.

Advokaten: Stupp — Schöler.

Anmerkung. Zur Rechtfertigung dieses Urtheils lassen sich noch folgende Betrachtungen anführen:

Wenn eine Königliche Regierung über die Reklamationen eines ihr untergeordneten rechnungspflichtigen Beamten einen Beschluß erläßt, so handelt sie als vorgesetzte Dienstbehörde, und keineswegs als Finanzbehörde im Sinne des § 15. des Ressortreglements, da dieser §, indem er von der Eigenschaft der Behörde die Zulässigkeit der Provokation auf richterliches Gehör abhängig macht, nur von derjenigen Eigenschaft spricht, in welcher die Behörde Dritten gegenüber auftritt, weil es in Ansehung der Verhältnisse der Behörde zu den ihr untergebenen Beamten offenbar gleichgültig ist, ob der Gegenstand der amtlichen Thätigkeit die Vermögens-Verwaltung des Fiscus, oder irgend ein anderer Zweig des öffentlichen Dienstes ist. Für diese Auslegung des § 15. sprechen die in dem § 16. enthaltenen Modifikationen um so mehr, als es augenscheinlich besonders nothwendig gewesen wäre, das durch den § 16. verliehene Recht der vorläufigen Vollstreckung auf die Rezesse der Kassenbeamten auszudehnen, wenn man die zwischen diesen und den Regierungen sich erhebenden Streitigkeiten zu den Sachen gerechnet hätte, von welchen der § 15. handelt.

Bei dem Nichtvorhandenseyn eines entgegenstehenden besonderen Gesetzes können Streitigkeiten der vorliegenden Art über die Feststellung der von einem öffentlichen Beamten gelegten Rechnung von den Gerichten nicht entschieden werden, weil sie ihrer Natur nach nicht vor dieselben gehören. Die Frage nämlich, unter welchen Voraussetzungen ein Kassenbeamter eine zu vereinnehmende Summe als eingenommen in Rech-

Klage der Ehefrau auf Gütersonderung. — Eingebrachtes.

Kann eine Ehefrau auch ohne Ausstattung, die Gütersonderungsklage wegen der zerrütteten Vermögens-Umstände ihres Mannes anheben; oder ist zur Begründung ihrer Klage der Beweis erforderlich, daß sie Vermögensstücke in die Ehe gebracht? Art. 1443 des B. G. B.

Breitbach — Klein.

Die Ehefrau des Fallirten Viehhändlers Klein zu Köln, deren Ehe unter der Herrschaft des B. G. B. ohne Ehever-

---

nung bringen muß, so wie, ob aus den zu verwaltenden Geldern eine Ausgabe überhaupt geleistet werden durfte, und ob im bejahenden Falle die Ausgabe gehörig belegt ist, ist nicht nach den Grundsätzen des Privatrechtes, sondern nach den über die Einziehung und Verwendung der öffentlichen Gelder erlassenen Gesetzen, Verordnungen und Dienstanweisungen zu beurtheilen, mit deren Vollziehung und Anwendung nicht die Gerichte, sondern die Verwaltungsbehörden beauftragt sind. Alle Verfügungen, welche in dieser Beziehung gegen einen Kassenbeamten ergeben, werden gegen ihn in seiner Eigenschaft als öffentlichen Beamten erlassen, und können als auf dem Verwaltungsrechte beruhend nicht aus privatrechtlichen Gründen eine Aenderung erleiden; aber auch das Privatrecht des betreffenden Beamten bleibt durch eine solche Entscheidung unberührt, indem gegen ihn nur festgestellt wird, was er als Kassenbeamter zu verrechnen, insbesondere, welche Ausgaben er aus den ihm anvertrauten Fonds vorschriftsmäßig geleistet habe, was sonach als gesetzlich in der Kasse noch vorhanden anzusehen und daher von ihm zu repräsentiren ist. Alles, was hiernach in der Rechnung nicht passirt, ist als von ihm in seiner Eigenschaft als Privater gezahlt zu betrachten, und nichts steht entgegen, wegen Erstattung desselben aus Gründen des Privatrechtes vor den Gerichten klagend aufzutreten, deren Entscheidung alsdann die Frage gar nicht berühren würde, ob die gegen ihn als Beamten erfolgte Festsetzung seiner Rechnung richtig sey, oder nicht.

Bei Anwendung dieser Grundsätze ist sowohl der regelmäßige Gang des öffentlichen Dienstes gesichert, als das Privatrecht der Kassenbeamten ungefährdet, während die Befugniß der Gerichte, gegen die durch die Verwaltung geschehene Festsetzung der Rechnung eines öffentlichen Beamten Reklamationen anzunehmen, die Verwaltungsbehörden der Controlle der Gerichte unterwerfen würde, und zwar in Beziehung auf die vor die Verwaltung wesentlich gehörige Frage inwiefern bei Einziehung und Verwendung öffentlicher Gelder den Verwaltungsvorschriften gemäß verfahren sey, oder nicht.

trag abgeschlossen war, klagte gegen ihren Ehemann beim K. Landgericht zu Köln auf Gütersonderung, und gründete diese Klage auf dessen zerrütteten Vermögens-Umstände. Der Beklagte widersprach der Klage nicht; wohl aber intervenirte der Syndik des Kleinschen Falliments auf die Art. 1447 des B. G. B. und 871 der C. P. O. gestützt, und trug auf Abweisung der Klage aus dem Grunde an, weil die Klägerin weder eine Dos, noch sonstige Rechte und Rückforderungen gegen ihren Ehemann, die in Gefahr seyen, nachweisen könne.

Das Königl. Landgericht wies die Intervention als ungegründet ab, und sprach die Trennung der Güter der Eheleute Klein aus.

In den Gründen des Urtheils v. 24. Januar 1838 heißt es:

J. E., daß die Gütertrennungsklage ihrem Wesen nach, nicht sowohl auf Absonderung der gegenwärtig vorhandenen Güter und auf Geltendmachung der, der Frau dermalen erwachsenen Rechte und Herausgaben an und für sich gerichtet ist, als vielmehr die Güterrechte der Ehe überhaupt, auch für die Zukunft, zum Gegenstand hat, und die Sicherung der Frau in Beziehung auf ihre während des ehelichen Verhältnisses erwachsenden Herausforderungen bezweckt; daß daher das gegenwärtige Vorhandensein einer Forderung der Frau die Klage nicht bedingt; vielmehr das Falliment des Mannes die Ehefrau berechtigt, auf diesem Wege Sicherstellung in Bezug auf ihren künftigen Erwerb zu erlangen. — Daß der Inhalt des Art. 1444 des B. G. B. der Klage nicht entgegengesetzt werden kann; da diesem Art. durch jedwede Schritte der Execution genügt wird, wenn auch bei diesen Schritten sich herausstellt, daß eine Herausgabe an die Frau wirklich nicht statt finde.

J. E., daß aber auch der Syndik der Fallitmasse, von welchem einzig der Klage widersprochen ist, und welcher seinen Widerspruch darauf stützt: daß die Frau keine Herausforderung zu machen habe, eine durch die Gütertrennung die Gläubiger treffende Kränkung ihrer Rechte nicht dargethan hat; mithin ihm das zur Rechtfertigung seiner Intervention erforderliche Interesse mangelt.

Der Syndik Breitbach ergriff von diesem Urtheil die Berufung gegen die Klägerin, die nunmehr in Subsidium die in dem nachstehenden Urtheile enthaltenen Thatumstände articulirte und zu erweisen erbot.

Der Rhein. Appellations-Gerichtshof erkannte hierauf wie folgt:

J. E., daß zur Begründung der von der Appellatin gegen ihren Fallit erklärten Ehemann angebrachten auf Gütertrennung gerichteten Klage nothwendig der Beweis gehört, daß sie Vermögensstücke in die Ehe gebracht, Art. 1443 des B. G. B. und daß keineswegs die bloße Möglichkeit, daß Appellatin derartige Gegenstände aus der Gemeinschaft zu fordern haben könne, für die Klage eine genügende Basis abgeben kann;

Daß nun die Appellatin subsidiarisch einen solchen Beweis articulirt hat, auf welchem, da er erheblich erscheint, zu erkennen ist.

Aus diesen Gründen

läßt der Königl. Rhein. A. G. H., bevor er auf die gegen das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Köln v. 24. Januar 1838 eingelegte Berufung definitiv erkennt, die Appellatin zum Beweise durch Urkunden und Zeugen darüber zu:

1. daß sie Seitens ihrer Eltern bei Eingehung ihrer Ehe mit Theodor Klein 100 Krthlr. und verschiedene (und welche) Mobilien erhalten und in die Ehe eingebracht habe.
2. daß während ihrer Ehe mit Theodor Klein durch den Tod ihres Vaters ihr aus dessem Nachlaß sowohl Mobiliar- wie auch Immobiliar-Vermögen (und welches von beiden Arten speciell) anerfallen sey *).

I. Senat. Sitzung vom 30. Juli 1838.

Advokaten: Haas — Mauß.

---

*) Anderer Meinung ist Pothier: Traité de la communauté Part. 3. Chap. 1. Sect. 2. § 1. (512), wo er folgendes sagt: „Le péril de la dot de la femme étant le fondement ordinaire des demandes en séparation de biens, en doit — on conclure qu'une femme, qui n'a apporté aucune dot à son mari, ne puisse jamais demander cette séparation? Non! car une femme, qui n'a apporté aucune dot, peut avoir un talent, qui lui en tienne lieu, comme lorsqu'elle est une habile couturière une excellente brodeuse etc. Si cette femme a un mari dissipateur, tous les gains, qu'elle fait de son talent, entrant dans la communauté, ne serve qu'à fournir aux debauches du mari ou sont la proie de ses créanciers. La femme a donc intérèt d'obtenir la séparation de biens, pour se conserver à l'avenir les gains, qu'elle peut faire de son talent.

Zinsenrückstand. — Berufbarkeit.

Wird ein Zinsenrückstand unter 1000 Franken eingeklagt, so ist die Sache nicht appellabel, obgleich Beklagter nicht nur die Schuld des eingeklagten Rückstandes, sondern auch des Kapitals selbst in Abrede stellt.

Becker — Derichs.

Auf Grund einer notariellen Schuld-Verschreibung ließ die Frau Wittwe Bracht den Johann Becker zur Zahlung der Zinsen einer Summen von 427 Thlr. 8 Sgr. 1 Pf. für den Zeitraum von 1830 bis 1834 mit Kosten im Betrage von 152 Thlr. 29 Sgr. 9 Pf. auffordern.

Gegen diese Zahlungsaufforderung und die darin angedrohte Beschlagnahme machte Becker Einspruch, behauptend, daß er die besagte Hauptsumme von 427 Thlr. 8 Sgr. 1 Pf. durchaus nicht verschulde, viel weniger also die erwähnten Zinsen mit 152 Thlr. 29 Sgr. 9 Pfg. verschulden könne, indem die Opposītinn die Notarialschuldverschreibung, die der Klage zum Grunde liege, unter irrigen Angaben und Vorspiegelungen erschlichen habe.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 23. März 1837 wurde der Einspruch des Joh. Becker als ungerechtfertigt verworfen. Der von ihm und seinen großjährigen Kindern hiergegen eingelegten Berufung wurde die Einrede der Unannehmbarkeit ob defectum summæ appellabilis entgegengesetzt. Diese Einrede aber vom Appellations-Richter verworfen, wie folgt:

J. E., was die Einrede der Unannehmbarkeit der Berufung wegen Mangels einer appellablen Summe betrifft: daß die Appellatinn in dem Zahlungsbefehl vom 24. Juli 1836, worauf der Einspruch vom 28. n. M. erfolgt ist, weiter nichts als einen Zinsenrückstand im Betrage von 152 Thlr. 29 Sgr. 9 Pf. von einer vor Notar Gormanns am 27. Julius 1829 anerkannten Hauptschuld von 427 Thlr. 8 Sgr. 1 Pf. gefordert, und ihr Antrag zu dem Urtheil a quo auch nur auf diesen Zinsenrückstand und auf Verwerfung des Einspruchs gerichtet ist;

Daß das Urtheil a quo auch nur den gedachten Einspruch verworfen, die Fortsetzung der Execution verordnet und die Opponenten, die jetzigen Appellanten in die Kosten verurtheilt hat.

J. E., daß die Frage, ob die dem Zahlungsbefehl zum Grunde liegende Schuldverschreibung, wie die Appellanten behaupteten, durch Arglist der Appellatin erschlichen worden, nur als Oppositions-Grund, nicht aber als ein Gegenstand, worüber im dispositiven Theile des Urtheils entschieden werden sollte, zur Sprache gekommen ist, mithin dadurch der eigentliche Gegenstand der Klage nicht ausgedehnt wurde, daß vielmehr die im Zahlungsbefehl aufgestellte Forderung, welche 1000 Fr. nicht erreicht, immerhin der einzige Gegenstand des gegenwärtigen Rechtsstreits verblieb, welchem die Appellanten durch Entrichtung der geforderten Summe jederzeit ein Ende machen konnten.

J. E., daß diesemnach das Urtheil a quo in letzter Instanz gesprochen und eine Prüfung der dagegen angebrachten Beschwerden nicht zuläßig erscheint.

Aus diesen Gründen

erklärt der K. Rh. App. Gerichts-Hof die Berufung gegen das Urtheil des K. Landgerichts in Aachen vom 23. März 1837 für nicht annehmbar, und verurtheilt die Appellanten in die Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 16. August 1838.

Advokaten: Schöler — Müller.

Falliment. — Tag des Ausbruchs.

Die Datirung der Eröffnung des Falliments hat ihre Wirkung mit dem Tage selbst, auf welchen sie bestimmt worden.

Syndike der Fallitmasse von Wwe Seyd — von der Heydt, Kersten u. Söhne.

Der Ausbruch des Falliments von Wittwe Seyd wurde von dem Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshofe reformatorisch auf den 5. Mai 1836 zurückdatirt. Das Handlungshaus von der Heydt Kersten u. Söhne hatte sich an diesem Tage von demselben eine bedeutende Parthie Waaren übertragen lassen, welchen Uebertrag die Syndiken vergebens bei dem Königl. Handelsgerichte zu Elberfeld anfochten, weil dasselbe den Ausbruch des Falliments auf den 7. Mai 1836 bestimmt hatte. Bei dem Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshofe, von welchem, wie bemerkt, der Ausbruch auf den

5. Mai 1836 festgesetzt worden, bestritten die Syndiken wiederholt die Gültigkeit der Waaren-Uebertragung v. 5. Mai als geschehen an dem Tage des nun feststehenden Ausbruchs des Falliments. Von der Heydt, Kersten u. Söhne behaupteten aber, daß der Tag des Ausbruchs des Falliments nicht mitgezählt würde, sondern erst der folgende, daß also der Art. 442 des H. G. B. erst mit dem folgenden Tage seine Wirkung habe. Von Seiten der Syndiken wurde dies widersprochen, weil gemäß des bezogenen Artikels 442 dem Falliten von dem Tage des Falliments die Verwaltung seines Vermögens entzogen wäre, folglich alle an diesem Tage von dem Falliten vorgenommene desfallsige Handlungen ungültig seyen, und die Regel, daß bei Fristen im Prozeß der Tag der Zustellung nicht mitgerechnet würde, nicht anwendbar wäre, und so entschied auch der Königl. Rhein. Appellations-Hof, indem derselbe erwog: Seyd, der Verkäufer der Waaren, sey bereits am 5. Mai fallit und folglich mit diesem, und nicht, wie die Appellaten behaupten wollten, erst am folgenden Tage dem Falliten die Verwaltung seines Vermögens entzogen gewesen.

III. Senat. Sitzung vom 1. August 1838.
Advokaten: Schöler — Müller.

Disziplinarsache. — Notarien. — Inzidentberufung.

In Disziplinarsachen wider Notarien (Gerichtsschreiber und Gerichts-Vollzieher) ist Inzidentberufung unzulässig.

Oeffentl. Ministerium — den Notar Stephani.

I. E. über die Inzident-Berufung: daß die Befugniß zu einer solchen auf der dem Civilprozesse eigenthümlichen Gemeinschaft der Rechtsmittel und der ausdrücklichen Bestimmung des Art. 443 der Kr. P. O. beruht;

Daß das Recht der zweiten Instanz überhaupt für das vorliegende Disziplinarverfahren nicht in diesem Artikel, sondern in den speziellen Bestimmungen der Art. 4 und 7 der Allerh. Kabinets-Ordre v. 21. Juli 1826 seinen Grund hat;

Daß hiernach die Zulässigkeit der Berufung an Monatsfrist vom Tage der Zustellung des Urtheils unbedingt gebunden eine spätere sogenannte Inzidentberufung demgemäß eben so unstatthaft ist, wie in Zuchtpolizeisachen nach

der, dem angeführten Art. 7 analogen Fassung der Art. 203 und 205 des Gesetzbuchs über das Strafverfahren, oder in fiscalischen Untersuchungssachen nach den §§ 87, 88 und 89, Tit. 35, Th. I. der A. G. O.; — Daß auch die gegenwärtige Inzident-Berufung solche Beschuldigungspunkte betrifft, welche der Appellant nicht einmal zum Gegenstande der Verhandlung über die Hauptberufung gemacht hat.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. A. G. H. die gegen das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Trier vom 30. April 1838 eingelegte Inzident-Berufung als unstatthaft.

III. Senat. Sitzung vom 23. August 1838.

Advokat für Stephani: Bauerband.

Tödtung. — Unvorsichtigkeit. — Schadenersatz.

Ermessung des Schadenersatzes wegen Tödtung durch Unvorsichtigkeit einer Tochter v. 24 Jahren.

Schinnen — Mainzer.

Auf die Haupt- und Inzidentberufung.

J. E., daß es als eine rechtskräftig feststehende und von dem Appellanten daher nicht zu bestreitende Thatsache anzunehmen ist, daß der am 7. März 1836 erfolgte Tod der damals fast 24jährigen Tochter des Appellaten durch die Unvorsichtigkeit des Appellanten herbeigeführt wurde; und daß die deshalb von dem Appellaten angestellte Entschädigungsklage in den Vorschriften der Art. 1382 u. 1383 des C. G. B. im Allgemeinen ihre rechtliche Begründung findet;

Daß auch keineswegs der Verlust des Lebens seiner Tochter, welches an sich keiner Schätzung fähig ist, noch die dem Vater dadurch zugefügte schmerzliche Trauer zum Gegenstand der Klage dienen kann und soll, sondern daß diese vielmehr in dem ihm daraus entstandenen materiellen Schaden, und in der Entbehrung von wesentlichen Vortheilen ihren Grund hat, in derer Hinsicht es dem Richteramt wohl zustehet, nach billigem Ermessen die Größe des Ersatzes zu bestimmen; daß, wenn nun demgemäß durch das angegriffene Urtheil die dem Appellaten zuerkannte Entschädigung mit Inbegriff der ärztlichen und wundärztlichen Kosten, der bei einem solchen Unglücksfall vorkommenden sonstigen Ausgaben, so wie des

Aufwandes bei der Beerdigung, im Ganzen auf die Summe von 200 Thlr. festgesetzt wurde, dies der Lage der Umstände, und den Verhältnissen ganz angemessen erscheint, und für keine der Partheien hierin eine gegründete Beschwerde zu finden ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Rh. A. G. H. die gegen das Urtheil des K. Landgerichts zu Koblenz vom 26. Novbr. 1836 eingelegte Hauptberufung, sowohl als die Inzidentberufung, und verurtheilt den Hauptappellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 16. August 1838.

Advokaten: Lautz — Müller.

Juden-Dekret. — Schuldverschreibung. — Eidesdelation. — Zahlungs-Einrede.

Wird der im Artikel 4 des Juden-Dekrets vom 17. März 1808 verordnete Beweis durch Eidesdelation hergestellt, so hat der Schuldner den Beweis der Einrede zu führen, daß die Schuld durch Zahlung getilgt worden.

Brand — Haymann.

Der zu Neumagen wohnende Schlosser Christoph Brand stellte unterm 19. Februar 1836 dem seitdem verstorbenen eben daselbst wohnenden israelitischen Handelsmann Mayer Haymann einen Schuldschein unter Privatunterschrift über eine Summe von 358 Thalern aus, und versprach deren Bezahlung mit gesetzlichen Zinsen. Am 8. April 1837 ließen die Erben des Gläubigers den Schuldner vor das Königliche Landgericht zu Trier laden, um sich zur Zahlung der fraglichen Summe von 358 Thlrn. nebst Zinsen davon seit dem 19. Februar 1836 und den Kosten-verurtheilen zu hören. Bei der Verhandlung wurde dem Verklagten noch subsidiarisch der Eid dahin angetragen: „ob er nicht für den in dem erwähnten Schuldschein verschriebenen Betrag theils baares Geld, theils auch Waaren, besonders aber Fleisch, zu dem allgemeinen bestehenden Preise dieser Waaren, ohne Abzug noch Arglist und Betrug, oder wie viel weniger wirklich empfangen habe," und endlich in omnem eventum noch

der Zeugenbeweis über die in der obigen Eidesdelation enthaltenen Thatsache angeboten. Für den Beklagten wurde auf Abweisung der Kläger nebst Kosten, subsidiarisch aber dahin angetragen: den Klägern aufzugeben, den ursprünglichen Titel vorzulegen, oder doch schon jetzt den ihnen nach dem Dekrete vom 17. März 1808 obliegenden Beweis, die Valuta ohne Arglist und Betrug gegeben zu haben, zu führen. Durch Urtheil des gedachten Königl. Landgerichts vom 16. Mai 1837 wurde hierauf den Klägern die Zuschiebung des angeführten Eides beurkundet, der Verklagte schuldig erklärt, sich über die Annahme oder Rückschiebung desselben zu erklären, und das Urtheil in der Hauptsache und über die Kosten vorbehalten.

Der Verklagte erklärte sich zur Leistung des ihm auferlegten Eides bereit, und wurde demnach durch ferneren Vorbescheid vom 6. Juni 1837 das Königl. Friedensgericht des Kantons Neumagen zur Abnahme des Eides committirt.

In dem auf den 30. August 1837 angeordneten desfallsigen Termin erschien der Verklagte Brand persönlich und erkannte den ihm vorgelegten Schuldschein vom 19. Februar 1836 als denjenigen an, dessen in dem betreffenden Urtheile Erwähnung geschehen sey, bekannte sich auch zu der darin ausgedrückten Schuld von 358 Thalern, jedoch nicht als von einem baaren Darlehen herrührend, sondern von Zinsen einer ältern Schuld und für erhaltenes Fleisch; behauptete endlich, die Zahlung der ganzen in dem Schuldscheine bezeichneten Summe von 358 Thalern an den Meyer Haymann bewirkt zu haben, und erbot sich, diese Zahlung zu beschwören. Das Königl. Friedensgericht, indem es erwog, daß der Verklagte sich einer ganz andern Art und Weise den Eid auszuschwören erbiete, als er in dem vorgelegten Urtheile abgefaßt, und über die Zulässigkeit dieser Abänderung zu erkennen nur das Königl. Landgericht competent sey, verwies beide Theile vor die competente Behörde.

Durch das Urtheil des besagten Königl. Landgerichts vom 8. Jan. 1838 wurde erklärt, daß der Verklagte Brand den ihm urtheilsmäßig zugeschobenen Eid nicht geleistet habe, und daß der jetzt erbotene Eid als unzulässig zurückzuweisen sey; zur fernern Verhandlung wurde die Sitzung vom 16. ejusdem vorbestimmt. Die gegen dieses Urtheil ergriffene

Haupt-Berufung sowohl als Inzident-Berufung wurde verworfen durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß nach der Bestimmung 4. des Dekrets vom 17. März 1808 den zum Vortheile eines Israeliten ausgestellten Wechseln, Billets oder sonstigen Schuldverschreibungen die verbindliche und beweisende Kraft keineswegs an und für sich im Allgemeinen versagt, sondern bloß das Einforderungsrecht an die Bedingung geknüpft ist, daß der Inhaber solcher Schuldtitel auf Verlangen nachzuweisen hat, daß der Werth davon ganz und ohne Betrug geliefert wurde; — Daß der Appellant bei der auf Zahlung des von ihm unter dem 19. Februar 1836 ausgestellten Schuldscheins gegen ihn erhobenen Klage im Wesentlichen sich darauf beschränkte, jenen Nachweis rücksichtlich der Valuta zu fordern, und auf den ihm deshalb von dem Appellaten zugeschobenen Eid vor dem zur Abnahme desselben kommittirten Friedensrichter die unumwundene Erklärung abgegeben, und in der Audienz des Königl. Landgerichtes zu Trier vom 3. Januar d. J. wiederholt hat, den in dem besagten Schuldscheine ausgedrückten Werth vollständig und ohne Betrug erhalten zu haben, jedoch hinzufügte, daß er an den Autor der Appellaten die Zahlung bewirkt habe, welches er beschwören könne; — Daß durch diese gerichtliche Erklärung des Appellanten der den Appellaten in Beziehung auf die Valuta obliegende Beweis erbracht, und somit die Bedingung erfüllt ist, welche nach dem erwähnten Dekret zur Begründung des Einforderungsrechts vorhanden seyn muß; — Daß zwar der Appellant zugleich behauptet hat, seine Schuld durch Zahlung getilgt zu haben; — Daß aber diese Behauptung ohne nähere Angabe, in welcher Art und Zeit die Zahlung geschehen, mit seiner ursprünglichen Einrede, er habe den im Schuldscheine ausgedrückten Werth nicht ganz und ohne Betrug erhalten, im offenbaren Widerspruche stehet, daß sie kein Gegenstand des dem Appellanten deferirten Eides war, und daher von Seiten des Appellanten nur als eine neue der Klage entgegengesetzte Einrede, nachdem er auf die erste verzichtet hatte, zu betrachten ist, deren Beweis ihm zur Last liegt, wozu aber seine eidliche Bekräftigung nicht hinreicht, und daß daher nur noch von dieser Einrede in dem Rechts-

streite die Rede seyn kann, L. 9. C. de except. et præscript.; — Daß unter diesen Umständen, und besonders da die Begründung der Intention der Appellaten nicht nur in der Erklärung des Appellanten, sondern vorzüglich in dem von ihm ausgestellten Schuldbekenntnisse beruhet, die Annahme der Untheilbarkeit eines solchen Bekenntnisses den über die Materie bestehenden Rechtsgrundsätzen zuwider seyn würde; — Daß demnach weder der Haupt- noch der Subsidiar-Antrag des Appellanten begründet ist.

Auf die Inzidentberufung: J. E., daß in der Lage, in welcher sich die Sache befand, und da der Appellant den Beweis seiner Zahlungseinrede weder erbracht noch zu erbringen erboten hatte, sein Erbieten eines bloßen Eides aber unzulässig war, der erste Richter sich wohl bewogen sehen konnte, nach dem Antrage der Appellaten sogleich zu erkennen, daß jedoch die verordnete bloße Aussetzung der Sache zur weitern Verhandlung den Appellaten keine solche Beschwerde darbietet, um die Reformation des angegriffenen Urtheils hinreichend darauf zu motiviren.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. A. G. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 8. Januar d. J. eingelegte sowohl Haupt- als Inzidentberufung, und verurtheilt den Hauptappellanten in Strafe uud Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 20. April 1838.

Advokaten: von Hontheim — Haas.

Naturalzehnte. — Verwandlung. — Frucht- oder Geld-Abnahme.

Wenngleich ein Naturalzehnte in einen Sackzehnten verwandelt worden, so kommen dennoch die Grundsätze, welche hinsichtlich des Naturalzehnten gelten, bei Beurtheilung des Sackzehnten zur Anwendung.

Kirchenvorstand zu Volberg — Erben Kalmus.

Vermög eines alten Kirchen-Registers vom Jahr 1624 gehörte zu den Einkünften des zeitigen Pastors zu Volberg, der Zehnte in einem darin bestimmten Distrikte. Viele Jahre

hindurch wurde von den darin gelegenen Ackerländereien statt des Natural-Zehnten ein Sackzehnte, bestehend in einem gewissen Maaß Korn und Hafer an den zeitlichen Pastor zu Volberg abgeliefert. Aber seit dem Jahre 1833 weigerten die Erben Kalmus die Ablieferung dieses Sackzehnten. Auf die von dem Kirchenvorstande bei dem Königl. Landgerichte zu Köln eingeleitete Klage, verabredeten sie den geforderten Sackzehnten zu verschulden.

Der Kirchenvorstand erbot unter andern den Beweis: daß die Grundstücke der Erben Kalmus in dem im bezogezogenen Kirchenregister angegebenen Zehntdistrikte lägen, und glaubte, daß deshalb die Zehntpflichtigkeit der Grundstücke angenommen werden müsse. Die Erben Kalmus bestritten die Erheblichkeit dieses Beweises, und das Königl. Landgericht nahm dieses durch sein Urtheil vom 14. März 1837 an, indem es erwog, daß zwar der klagende Kirchenvorstand die betreffende Abgabe einen Zehnten, nämlich Sackzehnten nenne; daß aber diese Benennung wenig entscheide, indem durch die Verwandlung des Natutalzehenten in eine Fruchtrente diese die Natur einer Rente erhalten, besonders wenn diese Verwandlung in frühere Zeiten zurückfalle; die Anwendbarkeit der Grundsätze, welche Renten betreffen, auf Abgaben der Art demnach keinen Zweifel unterliegen könnte;

Daß daher dieser Beweis nicht durch die Ermittelung der Thatsache geführt werden könne: daß die betreffenden Grundstücke in einem Zehntdistrikte lägen, weil kein Zehnte sondern eine Rente gefordert würde, daß es sonach auf die im Herzogthum Berg für den Flurzehnten sowohl bei kirchlichen als gutsherrlichen Zehnten streitende Vermuthung nicht ankommen könne.

Der K. A. G. H. aber, vor welchen die Sache durch Berufung kam, schenkte diesen Grundsätzen keinen Beifall, und erklärte:

„Daß die in dem Vorbescheide vom 14. März 1837 aufgestellte Qualification der Verwandlung eines Naturalzehntens in eine Frucht- oder Geld-Abgabe, oder des sogenannten Sackzehntens als einer bloßen Rente auf einer irrigen Begriffsbestimmung beruhe, indem der Rechtsgrund dieser also verwandelten Abgabe immer in der Zehntpflichtigkeit bestehen bleibe, weshalb denn auch die Rechtslehrer des deutschen Privatrechtes sowohl, als das nach dem Gesetze

vom 21. April 1825. § 2. bei der Beurtheilung der rechtlichen Natur der Zehnten im Großherzogthume Berg subsidiarisch zur Anwendung kommende Allg. Preuß. Landrecht, Theil II. Tit. 11. § 922. den Sackzehnten unter die Zehnten rechneten und sogar im Zweifel die Befugniß des Berechtigten annähmen, wieder auf den Naturalzehnten zurückzugehen.

II. Senat. Sitzung vom 17. August 1838.

Advokaten: Schöler — Hardung.

Wegegerechtigkeit. — Gemeinde. — Verjährung.

Wegegerechtigkeiten können zum Vortheil von Gemeinden durch erwerbende Verjährung ohne ein prædium dominans erworben worden seyn.

Sammtgemeinde Barmen — Hagemann.

Die Gemeinde Barmen nahm einen Weg über ein Grundstück, welches Hagemann vor kurzem erworben, in Anspruch. Hagemann stellte deshalb die Negatorienklage bei dem Königl. Landgerichte zu Elberfeld an.

Dieses nahm unter andern an, daß, weil die Sammtgemeinde Barmen kein præsidium dominans angegeben, sie auch keine Wegegerechtigkeit durch Verjährung habe erwerben können, weil die Ausübung derselben durch den Besitz eines pradii dominantis bedingt wäre;

Daß dieses auch aus dem zu beweisen angebotenen Thatumstande: daß die Bewohner von Bredden und Westhotten sich des Weges bedient hätten, nicht folge, indem nicht behauptet worden, daß diese Bewohner etwa den Weg als Besitzer ihrer daselbst liegenden Grundstücke, die vielleicht früher ein Ganzes gebildet, in Anspruch nähmen. Der R. A. G. H. reformirte aber in Uebereinstimmung mit den schon früher angenommenen Grundsätzen, (Archiv B. 25. 1. 144.) das Urtheil des Landgerichts, indem derselbe erwog: daß es für eine Gemeinde zur Erwerbung einer Wegegerechtigkeit des Besitzes eines besondern prædii dominantis nicht bedürfe, indem alle in der Gemeinde angesessene Grundbesitzer als solche, denen ein Prædium dominans zur Seite stehe anzusehen seyen.

II. Senat. Sitzung vom 16. August 1838.

Advokaten: Schöler — Hardung.

Verzinsliches Darlehn. — Verfallzeit. — Zinsen. — Eidesdelation. — Summe.

Die in einem Schuldschein ausgedrückte Verpflichtung zur Zinsenzahlung dauert fort, falls die Rückzahlung nach der bedungenen Zahlungsfrist statt findet.

Die Eidesdelation, welche eine Geldforderung begründen soll, muß eine bestimmte Summe ausdrücken. Art. 1357, 47 des B. G. B.

Müller — Schehl.

Am 9. Januar 1829 stellte der Steuereinnehmer Müller zu Xanten, zu Gunsten des ꝛc. Schehl ein Schuldschein aus, worin Ersterer verspricht, die gegen diesen Schuldschein baar erhaltene Summe von 1900 Thaler Preußisch Courant ein Jahr nach dato nebst 5 Prozent Zinsen wieder zu zahlen.

Der deßfallsigen Klage wurde vom Schuldner die Einrede entgegengesetzt, daß nach der im Schuldscheine bedungenen Verfallzeit keine konventionellen Zinsen laufen könnten.

Sodann wurde vom Beklagten behauptet, daß er gemeinschaftlich mit dem Kläger Schehl dem Notar S. zu Xanten mit einer Sendung zur Beschleunigung eines Appellations-Gesuches in Köln beauftragt habe, wovon er die Hälfte der deßfallsigen Kosten compensando hier in Aufnehmung zu bringen befugt sey.

Ueber die Richtigkeit dieser Behauptung wurde dem Kläger Schehl der Entscheidungseid zugeschoben.

Das K. Landgericht zu Cleve erließ am 27. März 1837 ein Urtheil, wodurch es die erste Einrede als ungegründet verwarf, indem es erwog, daß das eingeklagte Kapital ein verzinsliches sey, und als Folge davon mit der Ablage desselben auch die bis zu demselben Zeitpunkte verfallenen Zinsen berichtigt werden müßten. Hinsichtlich des zugeschobenen Eides considerirte das Gericht, daß der Posten von 70 Thlr. als die Hälfte der Kosten, welche durch eine angeblich vom Kläger und dem Verklagten dem Notar S. aufgetragene Reise von Xanten nach Köln veranlaßt seyn sollen, verabredet worden, und illiquid sey, daß inmittelst der Verklagte subsidiarisch denselben in continenti liquid zu stellen sich anheischig gemacht habe, indem er dem Kläger über die Wahrheit des vorgeschützten gemeinschaftlichen Auftrages einen Eid zugeschoben habe;

Daß der Kläger gegen die Statthaftigkeit dieser Eidesdelation keine Einrede erhoben habe, mithin dessen Ausschwörung verordnet werden dürfe. Diesemnach wurde verordnet, daß der Kläger den ihm zugeschobenen Eid dahin auszuschwören habe: daß er nicht gemeinschaftlich mit dem Verklagten im Jahre 1834 den Notar S. auf gemeinschaftliche Kosten nach Köln geschickt habe, um für sie die Beschleunigung eines Appellations-Gesuches zu bewirken.

Gegen dieses Urtheil ergriff der Beklagte Müller die Hauptberufung und der Kläger Schehl die Incidentberufung, worüber nachstehendes

Urtheil:

J. E., was die Beschwerde des Hauptappellanten darüber betrifft, daß ihm die Zinsen der Hauptschuld von 1900 Thlr. bis zur Ablage des Kapitals nicht für ein Jahr nur zur Last gesetzt worden sind;

Daß diese Beschwerde ungegründet erscheint, indem der Schuldschein vom 9. Januar 1829 die ausdrückliche Stipulation von fünfprozentigen Zinsen enthält, und, wenn auch die Rückzahlung des Kapitals auf ein Jahr a dato versprochen, aber nicht geleistet worden ist, eben aus diesem letzten Grunde die Verpflichtung zur Zahlung von Zinsen bis zur gänzlichen Ablage des Kapitals selbstredend gefolgert werden muß, da das Kapital selbst als ein verzinsliches verschuldet wurde; daß daher in diesem Punkte die Hauptberufung als ungerechtfertigt zerfällt.

J. E., auf die Incidentberufung, daß der in erster Instanz von dem Appellanten dem Appellaten darüber deferirte und vom ersten Richter erkannte Eid:

„daß Appellat nicht gemeinschaftlich mit dem Verklagten und Appellanten im Jahre 1834 den Notar S. auf gemeinschaftliche Kosten nach Köln geschickt habe, um für sie die Beschleunigung eines Appellations-Gesuchs zu bewirken,"

abgesehen von der bestrittenen Qualifikation des Notars S. zu einem solchen Geschäfte, unerheblich ist, weil in dieser Eidesdelation überhaupt keine Summe, und namentlich nicht die compensando geforderte Summe von 70 Thlr. ausgedrückt worden ist, zu deren Zahlung sich Appellat Schehl, selbst, wenn er das Factum eines an den Notar S. mit dem Appellanten gemeinschaftlich ertheilten Auftrages nachgeben würde, verpflichtet haben würde;

Daß demnach diesem Eide in Beziehung auf die hier streitige Liquidität der Gegenforderung die nach Art. 1357 N. 1 des B. G. B. erforderte decisorische Eigenschaft abgeht, derselbe daher unstatthaft ist;

Daß sohin die Incidentberufung gegründet erscheint, und Appellant mit der Gegenforderung von 70 Thaler in gegenwärtigem Verfahren abzuweisen ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der K. R. A. H. die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Cleve v. 22. März 1837 eingelegte Hauptberufung als ungegründet, erklärt sodann auf die Inzidentberufung erkennend, unter Abänderung des Urtheils a quo, den dem Appellaten Schehl in erster Instanz deferirten Eid für unerheblich und daher für unstatthaft, und weiset den Appellanten mit der Rückforderung der angeblich an den Notar S. für den Appellaten gezahlten 70 Thlr. als in gegenwärtigem Prozesse ungerechtfertigt ab und verurtheilt den Hauptappellanten Müller in die Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 23. August 1838.

Advokaten: Bauerband — Haas.

Urtheil (definitives). — Vollziehung desselben.

Als ein definitives Urtheil ist dasjenige anzusehen, welches einen aufgegebenen Beweis auf den Urkunden-Beweis beschränkt, oder den Subsidiar-Antrag auf Edition von Urkunden verwirft.

Die erwirkte Fristverlängerung zur Führung eines aufgegebenen Beweises gilt als Anerkennung und Vollziehung des Urtheils so den Beweis auferlegt hat.

Fourmann — Neumayer.

Zu den vielen Entscheidungen, welche über die Zuläßigkeit der Berufung gegen einen in erster Instanz vermeintlich beschwerenden Vorbescheid die Annalen des Rhein. Appellationshofes geliefert haben, mag der nachstehende Fall als ein wichtiger, wegen seiner häufigen praktischen Anwendbarkeit erheblicher Beitrag hier eine Aufnahme finden.

Ueber die Gültigkeit des am 20. September 1780 zwischen den Eheleuten Michael Conrad und Katharina Neumayer, Ackerer zu Griesborn, gethätigten Verkaufs hatten bei dem

16*

Gerichte der ersten Instanz zu Thionville im Jahre 1812 und bei dem Appellationshofe zu Metz i. J. 1814 zwischen den Erben dieser Eheleute mehrere Prozeßverhandlungen statt.

Auf den Grund einer von den angeblichen Erben des Verkäufers an den zur Saarlouis wohnenden Eigenthümer Jakob Fourmann gethätigten Cession wurde von Letzterem gegen die Erben der Catharina Neumayer bei dem Königl. Landgerichte zu Trier die Einweisung in den Besitz und Genuß der im Jahre 1780 verkauften und den Cedenten des Fourmann zu Thionville und Metz zugeurtheilten Grundstücke verlangt. Bei der Bestreitung der Legitimation des Cessionars Fourmann wurden mehrere Beiladungen verordnet und hierauf durch das am 4. Juli 1833 von demselben Landgerichte erlassene Urtheil, unter Verwerfung des Antrages auf Edition angeblich gemeinschaftlicher Papiere, dem Kläger Fourmann aufgegeben, durch Urkunden nachzuweisen, daß die sämmtlichen in den Notarial-Akten vom 18. April und 26. December 1813 bezeichneten Individuen als Partheien, Theil an dem in erster Instanz zu Thionville am 27. August 1812 entschiedenen Rechtsstreite zwischen Georg Gabriel und Conforten gegen die Erben Neumayer genommen hatten.

Durch das fernere Utheil des K. Landgerichts v. 14. Nov. 1833 wurde die vom Kläger Fourmann zur Führung des ihm durch Urtheil v. 4. Juli ejusdem anni auferlegten Urkundenbeweises eine fernere jedoch peremtorische Frist von 2 Monaten gestattet. Bei der fernern Verhandlung erklärte der klägerische Anwalt, daß er zwar keine anderen, als die bereits im Urtheile v. 4. Juli 1833 gewürdigten Urkunden vorlegen könne, daß jedoch aus diesen Urkunden die Begründung seiner Legitimation hinreichend hervorgehe, worauf bei dem Widerspruche der Erben Neumayer durch das am 3. April 1834 erlassene Urtheil der auferlegte Beweis für nicht erbracht, der Kläger mit seinen Ansprüchen abgewiesen und in die Prozeßkosten verurtheilt wurde.

Sowohl gegen das Urtheil vom 4. Juli 1833, als gegen das Endurtheil vom 3. April 1834 ergriff der Kläger das Rechtsmittel der Berufung. Für die Appellaten wurde behauptet, daß die Berufung gegen das erste Urtheil in der jetzigen Lage des Prozesses unzulässig, und jene gegen das Endurtheil ungegründet sey. Beide Behauptungen erhielten den Beifall des Appellationshofes, und zwar, unter Weglassung der hinsichtlich der Hauptsache aufgestellten Motive, durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier v. 4. Juli 1833, wodurch, mit Uebergehung des Antrages auf Edition angeblich gemeinschaftlicher Papiere, dem Kläger jetzigen Appellanten Fourmann aufgegeben worden ist, durch Urkunden nachzuweisen, daß die sämmtlichen in den Notarial-Akten vom 12. April und 26. Dezember 1813 als Cendenten bezeichneten Individuum an dem in erster Instanz-Gerichte zu Diedenhofen geschwebten und durch Urtheil vom 27. August entschiedenen Rechtsstreite zwischen Georg Gabriel und Conf. und der Wittwe von Adam Raup gegen die Erben Neumayer als Partheien Theil genommen haben, in soweit als ein definitives Urtheil angesehen werden muß, als dadurch der dem Appellanten aufgegebene Beweis auf den Urkunden-Beweis beschränkt und der Subsidiar-Antrag desselben auf Edition der Papiere verworfen worden ist;

Daß der Appellant dieses Urtheil dadurch anerkannt und vollzogen hat, daß er in seinem Antrage zum Urtheile vom 14. November desselben Jahres eine Prorogation zur Führung des ihm durch das angeführte Urtheil vom 4. Juli aufgegebenen Beweises nachgesucht und erhalten hat, und der in demselben Antrage enthaltene Vorbehalt der Berufung als ein protestatio facto contraria erscheint, sonach die gegen das Urtheil vom 4. Juli 1833 eingelegte Berufung als unannehmbar zu verwerfen ist.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rh. A. G. H. die eingelegte Berufung, in sofern sie gegen das Urtheil des K. Landgerichts zu Trier vom 4. Juli 1833 eingelegt ist, unzulässig, und verwirft sie, in sofern sie gegen das Urtheil desselben Landgerichtes vom 3. April 1834 eingelegt ist, als ungegründet u. s. w.

I. Senat. Sitzung vom 14. August 1838.

Advokaten: Lautz — Haas.

Handelsschuld. — Zahlungsunvermögen. — Falliment.

Wird die Zahlung einer Handelsschuld im Grunde wegen Zahlungsunvermögen verweigert, so hindert ein sonstiger Einwand, der die Verzögerung der Zahlung bezweckt, nicht, die Datirung der Eröffnung des Falliments zu bestimmen.

Auch reicht es zur Falliments-Erklärung hin, daß eine oder mehrere Handelsschulden wegen Zahlungsunvermögen unerfüllt bleiben.

Weidemann und Conſ. — Seyd.

J. E., daß nach Ausweis des Urtheils des Handelsgerichts zu Elberfeld vom 9. Juni 1836 der Schuldner Wilhelm Seyd bereits am 5. Mai 1836 die Richtigkeit der von den Appellanten Pfaff und Söhne gegen ihn eingeklagten Forderung eingeräumt und nur einen Einwand vorgeschützt hatte, der nicht geeignet war, die Klage zu entkräften; daß alſo die Schuld liquid und nur Zahlungsunvermögen als eigentlicher Werweigerungsgrund ſchon an jenem Tage vorhanden war, und durch gerichtliche Verhandlung conſtatirt wurde, daß mithin ſchon an jenem 5. Mai 1836 einer der im Art. 441 des H. G. B. bezeichneten Fälle eingetreten war, welche geeignet ſind, die Epoche der Eröffnung des Falliments zu beſtimmen;

Daß dieſe Thatſache in dem von den Intervenienten von der Heydt, Kerſten und Söhne geſtellten Subſidiar-Antrage, in welchem der Beweis erboten wird, daß Wittwe Seyd an demſelben 5. Mai 1836, oder, wie es in einer nachträglichen Eingabe heißt: „am 6. Mai 1836" noch 500 Thlr. Hausmiethe praenumerando bezahlt habe, nicht widerlegt werden kann, weil der Art. 441 des H. G. B. nicht fordert, daß ein Handelsmann alle ſeine Handelsverbindlichkeiten unerfüllt laſſe, vielmehr nicht nur nach den Worten ſondern auch nach dem Sinn dieſes Geſetzes die Nichterfüllung einer oder mehrerer liquider Handelsſchulden wegen Unvermögens zur Fallimentserklärung hinreicht, da ſchon einer oder mehrere ſolcher Fälle den Zuſtand des Schuldners offenbar machen, daß daher auch einige, während eines ſolchen bereits erkennbar gewordenen Zuſtandes, etwa noch geleiſtete Zahlungen die Eröffnung des Falliments nicht aufhalten können, und dies um ſo weniger, als ſonſt ein ſolcher Schuldner einzelne Gläubiger auf Koſten Anderer befriedigen und zum Nachtheil des Publikums den Ausbruch ſeines Falliments aufhalten könnte.

III. Senat. Sitzung vom 27. April 1838.

Advokaten: Bauerband — Lützeler — Schöler — Müller.

Verbotene Substitution. — Bedingtes Vermächtniß.

Ein Universal-Vermächtniß an den legitimen Erben unter der Bedingung, daß er die Großjährigkeit erreichen oder eheliche Deszendenten hinterlassen werde, widrigenfalls gewisse andere Personen dasselbe erhalten sollten, enthält eine verbotene Substitution.

Dauzenberg und Consf. — Cläßen.

Joh. Maria Fenger, Wittwe von Theodor Contzen, errichtete unter der Herrschaft des C. G. B. am 23. Januar 1835 ein Testament, welches wörtlich also lautet:

„Ich rc. rc. errichte hiermit mein Testament und meine letzte Willensverordnung wie folgt: denjenigen Theil meines Vermögens, worüber ich rücksichtlich meiner Enkelin Johanna Maria Cläßen, einzigen Kindes meiner verstorbenen einzigen Tochter Johanna Maria Catharina Contzen zu verfügen mächtig bin, schenke und vermache ich derselben nur für den Fall, wenn sie das großjährige Alter erreichen oder eheliche Deszendenz hinterlassen wird, indem für den entgegengesetzten Fall ihres Absterbens in der Minderjährigkeit, ohne Leibeserben, derjenige Theil meines Vermögens, worüber das Gesetz mir zu disponiren erlaubt, meinen eigenen nächsten Bluts-Verwandten hiermit geschenkt und vermacht wird.

Ich will und verordne dabei, daß mein Eidam Christian Cläßen, Vater der besagten Johanna Maria Cläßen, den besagten Theil meines Vermögens, den ich letzterer nur bedingungsweise hinterlasse, so lange verwalte und die Einkünfte davon dazu lege, bis es sich ergeben haben wird, ob die jener Erbeinsetzung von mir hinzugefügte Casualbedingung eingetreten seyn wird oder nicht.

Die Einkünfte des besagten Theiles meines Vermögens sind als Kapital zu betrachten, und werden nach Maaßgabe des Eintritts oder Nichteintritts der erwähnten Bedingung an denjenigen oder diejenigen verabfolgt, welchen der Vermögenstheil selbst anerfallen seyn wird."

Nach dem Tode der Testatrix ließ ihr im Testamente genannter Schwiegersohn Christian Claßen als Vormund seines Kindes Johanna Maria einen Familienrath berufen, erklärte, daß er die Verwaltung des der letztern bedingungsweise vermachten Vermögens in der vorgeschriebenen Weise nicht übernehme, vielmehr die Disposition seiner Schwiegermutter als eine verbotene Substitution vor Gericht angreifen wolle, und erhielt zu der desfallsigen Klage die Ermächtigung des Familienrathes. Demnächst ließ er die nächsten Verwandten der Testatrix, Eheleute Dauzenberg und Consorten, welche ihm in seiner erwähnten Eigenschaft das Testament zu seiner Kenntnißnahme hatten zustellen lassen, in der nämlichen Eigenschaft und in eigenem Namen vor das Königl. Landgericht zu Aachen laden mit dem Antrage an dieses:

„das fragliche Testament für nichtig zu erklären und die Verklagten mit ihren vermeintlichen eventuellen Ansprüchen auf die Verlassenschaft der Testirerin abzuweisen."

Die Verklagten trugen auf Abweisung der Klage und Aufrechthaltung des Testamentes an, weil die fragliche Verfügung nicht eine verbotene Substitution, sondern eine bedingte Erbeinsetzung enthalte, wobei das Charakteristische der Substitution, nämlich die Verbindlichkeit des eingesetzten Erben, die ihm vermachten Güter zu conserviren und Anderen zu hinterlassen, nicht vorkomme. Es existire vielmehr hier nur, möge das vorgesehene Ereigniß eintreten oder nicht, ein einziger direkter Erbe der Testirerin.

Durch Urtheil vom 5. August 1836 erkannte das Königl. Landgericht folgendermaßen:

I. E., daß eine verbotene Substitution vorhanden ist, wenn die Begünstigten in successiver Ordnung der eine nach dem andern berufen worden, wenn der Substituirte aus der Hand des Instituirten die Sache erhält, zwei Transmissionen des Eigenthums Statt finden und mit dem Tode des Instituirten das Eigenthum von dem Instituirten auf den Substituirten übergeht;

Daß wenn die Großmutter gesagt hätte: „ich setze meine Enkelin zur Erbin ein; sollte sie aber kinderlos vor dem 21. Jahre versterben, so berufe ich meine Seitenverwandten N. N." alsdann offenbar eine Substitution vorhanden wäre, weil die (genannten) gesetzlichen Merkmale vorliegen würden;

Daß, wenn nun die Testirerin, um denselben Zweck zu erreichen, statt direkt ihre Enkelin einzusetzen und im Falle des Absterbens in der Minderjährigkeit mit der Herausgabe der Erbschaft zu belasten, bloß die Disposition in eine Bedingung gestellt hat, sie offenbar das Gesetz umgangen hat, so wie sie es umgangen haben würde, wenn sie auch nur einfach gesagt hätte: sollte meine Enkelin ohne Deszendenz versterben, so setze ich meine Verwandten N. N. zu Erben ein, weil das Eigenthum ipso jure bei der Enkelin als einziger Intestaterbin beruht, diese dasselbe conserviren und bei ihrem Absterben nach einer andern Successionsordnung als das Gesetz will, den Seitenverwandten herausgeben muß.

Aus diesen Gründen

erklärt die II. Kammer des Königl. Landgerichtes die testamentarische Verfügung der Wittwe Theodora Contzen vom 23. Jan. 1835 für nichtig, weiset die Beklagten mit ihren Ansprüchen auf den Nachlaß der obigen Wittwe Contzen ab.

Die Verklagten ergriffen gegen dieses Urtheil die Berufung, zu deren Rechtfertigung der Anwalt derselben den Unterschied in den Wirkungen einer fideikommissarischen Substitution und einer bedingten Erbeinsetzung mit besonderer Beziehung auf Grenier Fr. des donations III. edit. N. 9 auseinander zu setzen suchte, während von appellatischer Seite viel Gewicht auf den Art. 724 des B. G. B. gelegt wurde, auf welchen in Verbindung mit Art. 1011 auch das Ö. M. seinen Antrag für die Bestätigung des landgerichtlichen Erkenntnisses vorzugsweise stützte. Diese sprach der Appelhof in der That durch nachstehendes Urtheil aus:

J. E., daß die nun verstorbene Johanna Maria Fenger Wittwe von Theodor Contzen in ihrem Testamente vom 23. Januar 1835 verordnete:

„denjenigen Theil meines Vermögens, worüber ich rücksichtlich meiner Enkelin Johanna Maria Clässen, einzigen Kindes meiner verstorbenen einzigen Tochter Johanna Maria Katharina Contzen, zu verfügen mächtig bin, schenke und vermache ich derselben nur für den Fall, wenn sie das großjährige Alter erreichen, oder eheliche Deszendenten hinterlassen wird, indem, für den entgegengesetzten Fall ihres Absterbens in der Minderjährigkeit ohne Leibeserben, derjenige Theil meines Vermögens, worüber das Gesetz mir zu

disponiren erlaubt, meinen eigenen nächsten Bluts-
verwandten hiemit geschenkt und vermacht wird."

und diese Verfügung auf die Einkünfte jenes Vermögens-Theils ausdehnte, dessen Verwaltung sie dem Vater ihrer Enkelin, dem Appellaten aufgetragen hat;

Daß diese Verfügung die gesetzliche freie Erbfolge der Enkelin in dem Vermögens-Theile, worüber die Testirerin zu verfügen mächtig war, für den Fall, wenn jene das großjährige Alter erreicht, oder in der Minderjährigkeit mit Hinterlassung ehelicher Abkömmlinge stirbt, beibehalten, in dem entgegengesetzten Falle aber, wenn die Enkelin in der Minderjährigkeit ohne eheliche Leibeserben stirbt, diese freie Erbfolge ausgeschlossen, und eine Andere an die Stelle gesetzt oder substituirt hat; mithin nach dem Sinne des Art. 896 des B. G. B. sich in die verbotene Substitution auflöset, welche dem Kinde oder dessen Erben in dem Falle seines in der Minderjährigkeit ohne eheliche Abkömmlinge erfolgten Todes die Herausgabe jenes Vermögenstheils mit den Einkünften davon an die eigenen nächsten Blutsverwandten der Testirerin auflegt;

Daß darin unbestreitbar die Verpflichtung der gesetzlichen Erbin enthalten ist, den freier Verfügung der Testirerin überlassenen Vermögenstheil mit den Einkünften davon Dritten aufzubewahren und wiederzugeben, und diese Verpflichtung von den Folgen begleitet wird, welche das Verbot der Substitutionen auszuschließen zur Absicht hat; indem sie jenen Vermögenstheil während der Minderjährigkeit der Enkelin auch in dem durch den Art. 457 des B. G. B. vorgesehenen Falle der unumgänglichen Nothwendigkeit oder des augenscheinlichen Nutzens dem gemeinen Verkehr entzieht, und mit Ausschließung der durch den Art. 904 des B. G. B. der minderjährigen Enkelin erlaubten eigenen testamentarischen Verfügung, und mit Uebergehung der ihr durch das Gesetz angewiesenen Erben andern Nachfolgern, den eigenen nächsten Blutsverwandten der Testirerin, für den Fall des kinderlosen Absterbens der Enkelin in der Minderjährigkeit vorbehalten hat;

Daß die durch das Gesetz der Enkelin zugeeignete Erbfolge eine besondere Berufung derselben zu der freien Verfügung der Testirerin zulassenden Vermögenstheile überflüssig machte, und die ausdrückliche Erbeseinsetzung ersetzte und

vertrat; und also die Verpflichtung dieser gesetzlichen Erbin, jenen Vermögenstheil für den bestimmten Todesfall Andere aufzubewahren und wieder zu geben, hinreichte, um dem Verbote der Substitutionen Kraft und Wirkung zu verschaffen;

Daß ohne allen Zweifel die Verfügung, wodurch ein Bruder den andern Bruder, welcher sein einziger gesetzlicher Erbe ist, für den Fall, wenn dieser ohne eheliche Nachkommen stirbt, verpflichtet, seine Erbschaft einem Dritten zu hinterlassen, gegen das Verbot der Substitutionen verstößt, und auf eines und dasselbe ausläuft, ob der Bruder diese Verpflichtung ohne ausdrückliche Erbeseinsetzung dem Bruder auflegt, oder an dessen Einsetzung zum Erben anreiht, oder dem Bruder seine Erbschaft nur für den Fall läßt, wenn dieser mit Hinterlassung ehelicher Nachkommen stirbt; denselben aber in gegentheiligem Falle des Absterbens ohne eheliche Nachkommen der Verpflichtung unterwirft, seine Erbschaft dem Dritten zu überlassen;

Daß die Sache sich auf ähnliche Weise in gegenwärtigem Falle verhält, und im Grunde und der Wirkung nach einerlei ist, auf welche dieser drei Arten die Enkelin für den Fall ihres Absterbens in minderjährigem Alter ohne eheliche Abkömmlinge von der Großmutter verpflichtet wurde, den Vermögenstheil, worüber diese zu verfügen die Freiheit hatte, mit den Einkünften davon den eigenen nächsten Blutsverwandten derselben zu überlassen;

Daß jede dieser drei Arten die gesetzliche Erbfolge zum Grunde hat, und sich stillschweigend eigen macht; eigentlich aber dieselbe mir für den bestimmten Sterbefall ausschließt, und einer andern ihr substituirten Erbfolge Statt gibt, und daher dem Schicksale verbotener Substitution nicht entgehen kann;

Daß hiervon der Fall sich unterscheidet, wenn es ein Anderer als gesetzlicher Erbe ist, welchem durch Erfüllung einer andern als auf den Tod eines gesetzlichen Erben gerichteten Bedingung an erstem Orte die Erbfolge oder ein wievielster Theil der Erbschaft übertragen wird, ohne daß die Verpflichtung ihm aufgelegt ist, die Erbschaft oder den wievielsten Theil einem Andern aufzubewahren und herauszugeben;

Daß übrigens daraus, daß testamentarische Verfügungen unter Bedingungen, welche von ungewissen Ereignissen abhängen, vollzogen werden müssen, wenn diese Bedingungen erfüllt werden, nicht folgt, daß bedingte Verfügungen in verbotene Substitutionen ausarten dürfen.

Aus diesen Gründen
erkennt der Rhein. A. G. H. für Recht, daß die Berufung von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 5. August 1836 als ungegründet zu verwerfen sey, verwirft dieselbe hiermit, und verurtheilt die Appellanten in die Kosten dieser Instanz und in die Geldbuße *).

II. Senat. Sitzung vom 15. November 1838.

Advokaten: Müller — Bauerband.

Schenkung. — Substitution.

Eine Schenkung unter Vorbehalt der Nutznießung an mehrere Personen mit der Bedingung verbunden, daß nur die dem Schenkgeber überlebende Donatarien an der Schenkung partizipiren sollen, ist eine Schenkung auf dem Todesfall, mithin an die testamentarische Form gebunden. Art. 893, 894 u. 895 des B. G. B.

Eine Schenkung unter Lebenden unter jener Bedingung, würde eine verbotene Substitution darstellen.

Schwibbert — Armenverwaltung zu Gerresheim.

Unter dem 15. September 1814 schloß der Klosterbruder Anton Gantzer mit der Vorsteherin und den Schwestern des St. Katharina Klosters zu Gerresheim vor Notar einen Verpflegungs-Vertrag. In demselben Akte schenkte er den gedachten Schwestern ein Kapital von 400 Rthlr. die lebenslängliche Nutznießung sich daran vorbehaltend. Er stipulirte zugleich, daß diejenigen Schwestern, welche vor ihm versterben würden, an der Schenkung keinen Antheil haben sollten. Gantzer starb und hinterließ ein Testament, worin er den Kaplan Schwibbert zum Universal-Erben einsetzte. Die nach dem Tode des Gantzer noch lebenden Schwestern hatten der Armenverwaltung zu Gerresheim jene Forderung übertragen.

---

*) Mit obigem Urtheile ist das entgegengesetzte des nämlichen Civilsenates v. 4. März 1826 im Archiv Bd. 9 S. 105 u. f. und ein mit diesem ziemlich übereinstimmendes vom Juli 1831, im Archiv Bd. 15 S. 220 u. f., ebenfalls vom II. Senate, ferner das Urtheil des III. Senats v. 20. April 1837 Bd. 25 S. 128 und die dortige Anmerkung, so wie endlich das des II. Senates vom 31. August 1837 Bd. 26 S. 53 u. f. zu vergleichen.

Diese klagte daher gegen Schwibbert auf Ausantwortung des Kapitals. Schwibbert behauptete die Nichtigkeit der Schenkung, weil der Schenkgeber sich vorbehalten habe, das geschenkte Kapital anzugreifen, und dies eine Potestativ-Bedingung sey; zugleich aber setzte er der Klage entgegen, daß die Donatarien die in dem Vertrage enthaltene Bedingung, den Schenkgeber bis zu seinem Lebensende zu verpflegen, nicht erfüllt hätten.

Das Königl. Landgericht die Einrede der Nichtigkeit verwerfend, ließ den Schwibbert zum Beweise durch Zeugen darüber zu, daß die Donatarien die Verbindlichkeit den Schenkgeber zu verpflegen nicht erfüllt haben.

Auf die von Schwibbert eingelegte Berufung wurde erkannt wie folgt:

J. E., daß der Convents-Bruder Antonius Gantzer unterm 15. September 1814 mit der Vorsteherin und den 9 Schwestern des Klosters St. Katharina zu Gerresheim einen Verpflegungs-Vertrag abgeschlossen hat, wonach wie in den beiden ersten Artikeln verabredet wird, der Anton Gantzer sich verpflichtet, dem Kloster für die von demselben zu erhaltende Kost, Wohnung und Verpflegung jährlich 40 Rthlr. zu zahlen, und in sofern Alter und Schwäche, und seine gewöhnlichen Andachtsübung es erlauben, die Aufsicht über die Arbeit im Garten übernimmt; daß hierauf der 3. Artikel folgendes verfügt:

> „schenkt er den jetzigen obengenannten ehrwürdigen Mutter und Schwestern des Klosters 400 Rthlr. — welche beim Friedrich Fromm zinsbar stehen — jedoch behält er sich von diesem Kapital lebenslänglich die Zinsen bevor. Nach seinem Tode aber theilen die jetzigen Schwestern des Klosters, welche alsdann noch beim Leben seyn werden, dasselbe unter sich zu gleichen Theilen. Diejenigen, welche alsdann todt sind, werden so angesehen, als wenn sie nie ein Recht zu dem Kapital gehabt hätten;"

Daß diese Verfügung nicht als eine eigentliche Cession des fraglichen Kapitals, um mit dem jährlichen Kostgeld und der Gartenaufsicht den Preis der Verpflegung zu bilden, sondern vielmehr, wie auch die Worte selbst zu erkennen geben, als eine in Rücksicht auf die zu erwartende Verpflegung gemachte Schenkung erscheint;

Daß nun aus der Fassung der Disposition klar erhellet, daß nur diejenigen Schwestern Theil an der Schenkung nehmen konnten, welche den Schenkgeber überlebten, so daß auch die Längstlebende, wenn sie vor dem Anton Gantzer gestorben wäre, die geschenkte Sache nicht an ihre Erben transmittirt haben würde;

Daß dieses eben so klar nochmals im Art. 3 ausgesprochen wird, wonach im Fall der Aufhebung des Klosters, nach dem Tode des Schenkgebers diejenigen Schwestern, welche alsdann nicht mehr in der Gemeinschaft leben, jedoch noch am Leben sind, nur die Hälfte von dem erhalten, was sie würden erhalten haben, wenn sie mit ihm und den andern Schwestern in der Gemeinschaft verblieben; die andere Hälfte aber alsdann denjenigen zufallen soll, die in der Gemeinschaft geblieben sind und den Schenkgeber überlebt haben;

Daß diesemnach die fragliche Verfügung eine Schenkung von Todeswegen darstellt, welche nach Art. 893, 894 und 895 des B. G. B. nicht anders als in einem Testamente gültiger Weise verfügt werden kann.

I. E., daß wenn man die Schenkung als eine Schenkung unter Lebenden ansehen, d. h. unterstellen wollte, das Eigenthum der geschenkten Sache sey sofort unwiderruflich auf die zehn Klostergeistliche übergegangen, so daß die längstlebende Schwester auch dann, wenn sie vor dem Anton Gantzer gestorben wäre, das Kopital auf ihre Erben transmittirt haben würde, der Schenkungsakt alsdann eine verbotene Substitution enthalten würde, da einer jeden der zehn Schwestern die Last auflag den sie Ueberlebenden den geschenkten Gegenstand zu erhalten und zu hinterlassen;

Daß hiergegen nicht eingewendet werden kann:

> „eine Gemeinheit sey die Schenknehmerin, sohin verstehe es sich von selbst, daß der geschenkte Gegenstand den zuletzt lebenden Mitgliedern anheim fallen müße — Cum jus omnium in unum recidenit et stet nomen universitatis L. 7 § 2. D. quod Cujuslinque universitatis nomine."

Da diese Einwendung den klaren Worten der Verfügung widerspricht, indem der Anton Gantzer zwar das Kostgeld und seine Dienste dem Kloster verspricht, die Schenkung aber den jetzigen obengenannten ehrwürdigen Mutter und Schwestern zuwendet.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof das Urtheil des Königlichen Landgerichts zu Düsseldorf vom 28. März 1838, weiset den appellatischen Armen-Vorstand mit seiner Klage ab.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 21. November 1838.

Advokaten: Bauerband — Stupp.

Billet à Ordre. — Handelsgericht. — Kompetenz.

Enthält ein regelmäßiges Billet à Ordre zu gleicher Zeit die Unterschriften von Handelsleuten und Nichthandelsleuten, so ist das Handelsgericht befugt, darüber zu erkennen.

Comitti — Quack u. Gerpott.

Am 18. August 1837 stellte der Notar Pet. Joseph Comitti zu Düren ein ganz regelmäßiges Billet auf Ordre zu Gunsten von Joseph Steiger Sohn drei Monate nach dato zahlbar aus, welches nach mehreren Indossamenten auf das Handlungshaus unter der Firma Quack und Gerpott überging, aber wegen Mangels Zahlung förmlich protestirt und demnächst beim K. Handelsgerichte zu Aachen eingeklagt wurde.

Da Beklagter auf die desfallsige Ladung nicht erschien, so wurde er der Klage gemäß in contumatiam zur Zahlung der eingeklagten Summe verurtheilt.

Comitti opponirte, weil das Handelsgericht incompetent gewesen in der Sache zu erkennen, indem er nicht zur Kathegorie der Handelsleute gehöre und auch kein Handelsmann mit ihm eingeklagt worden sey.

Das Königl. Handelsgericht aber erwägend, daß der Art. 637 des H. G. B. alle auf Billets Bezug habende Klagen der Kompetenz des Handelsgerichtes unterwirft, wenn sich auf denselben Unterschriften von Handelsleuten befinden, ohne dabei einen Unterschied darin zu machen, ob eine solche Klage gegen Handeltreibende und nicht handeltreibende Personen zugleich, oder bloß gegen Letztere allein gerichtet ist; daß daher, da das in Rede stehende Billet die Unterschriften von mehrern Kaufleuten trägt, die vorgebrachte Incompetenzeinrede ungegründet erscheinet, erklärte sich für competent und verwarf demzufolge den Einspruch des ꝛc. Comitti.

Gegen dieses und das vorige Urtheil ergriff Comitti die Berufung und zwar aus dem Grunde, weil das Handelsgericht incompetent war in der Sache zu erkennen, indem seiner Behauptung nach der Art. 637 des H. G. B. unterstelle, daß die Zahlungs-Verbindlichkeit in einem Billet à Ordre von einem Nichtkaufmanne und Kaufmanne gleichzeitig eingegangen worden seyn müsse, was nicht der Fall sey, wenn in der Folge ein Kaufmann seine Unterschrift auf das Billet setze.

Der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof verwarf dieses System durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Art. 637 des H. G. B. ausdrücklich bestimmt, daß, wenn Billete à Ordre zu gleicher Zeit die Unterschriften von Handelsleuten und Nichthandelsleuten enthalten, das Handelsgericht darüber erkennen soll;

Daß die Behauptung des Appellanten, es müßten diese Unterschriften von Handelsleuten und Nichthandelsleuten in dem nämlichen Momente gemeinschaftlich auf ein solches Billet gesetzt worden seyn, weder in den Worten noch in dem Sinne des Gesetzes begründet ist;

Daß es vielmehr nach den Discusionen über den bezogenen Artikel, die besondere Eigenschaft des Billets à Ordre, welches seiner Natur nach gleich dem Wechsel, zum commerziellen Verkehr, und zu den gewöhnlichen Endossamenten bestimmt ist, war, welche die Nothwendigkeit begründete, jeden, deren Signatur sich darauf befindet, ohne Rücksicht auf seine persönliche Eigenschaft der Jurisdiction des Handelsgerichts zu unterwerfen, was bei andern gewöhnlichen Schuldscheinen eines Nichthandelsmannes der Fall nicht ist;

Daß das eingeklagte Billet alle nach dem Art. 188 des H. G. B. bezeichneten Requisite eines wahren Billets à Ordre enthält;

Daß daher das Königl. Handelsgericht die von dem Appellanten vorgeschützte Incompetenz-Einrede mit Recht verworfen hat;

Daß, was die Hauptsache betrifft, die Entscheidung des ersten Richters in keinem Punkte der Berufung unterworfen ist, da die eingeklagte Summe keine 1000 Fr. beträgt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof die gegen die Urtheile des Königl. Handelsgerichts zu Aachen v. 1. März und 12. April 1838 eingelegte Berufung so viel die Competenz des Handelsgerichtes betrifft als ungegründet, erklärt dieselbe im übrigen nicht annehmbar und verurtheilt den Appellanten in die Succumbenzstrafe und in die Kosten.

I. Senat. Sitzung vom 5. October 1838.

Advokaten: Holthof — Stupp.

Kollocationsverfahren. — Definitiver Status. — Einspruch.

Gegen einen Kollocationsstatus, sobald er definitiv ist, findet eine Opposition an das Landgericht nicht mehr statt.

Vetter — K. Regierung zu Düsseldorf und Cons.

Der Steuer-Einnehmer Vetter in Solingen hatte gegen seine Halbgeschwister auf Theilung eines Hauses geklagt. Nachdem in Gefolge dieser Procedur das Haus öffentlich vom Notar war versteigert worden, leitete ein Gläubiger das Kollocationsverfahren zum Zwecke der Vertheilung der Kaufschillinge beim Königl. Landgerichte in Düsseldorf ein.

Vetter wurde zur Einsicht des Status aufgefordert, legte gegen denselben, jedoch erst nachdem die monatliche Frist zur Einsicht und zur Anmeldung der Contestation verstrichen, auch der Status bereits definitiv erklärt war, dagegen Einspruch ein, indem er zugleich die Nichtigkeit der an ihn ergangenen Vorladung behauptete. Die Creditoren bestritten sämmtlich die Zulässigkeit dieses Einspruches, aus dem Grunde, weil der definitive Status mittelst Opposition nicht angegriffen werden könne, indem derselbe von dem Commissar Namens des Gerichtes erlassen, also als von diesem selbst erlassen zu betrachten, das Landgericht mithin denselben abzuändern befugt sey.

Auf diesen Einwand ergriff Vetter zugleich jedoch eventuell das Rechtsmittel der Inzident-Dritt-Opposition.

*) Vergleiche Bd. V. Abth. I. S. 289.

Beide Rechtsmittel verwarf das Königl. Landgericht zu Düsseldorf als unstatthaft. Auf die von Vetter eingelegte Berufung erließ der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof folgendes konfirmatorische Erkenntniß:

J. E., daß das am 23. Juli 1838 erlassene Contumazial-Verbindungsurtheil der Mitappellatin Josephine Schmitz zu München gehörig zugestellt worden, daher nunmehr zwischen allen Parteien mit condradiktorischer Wirkung zu erkennen ist.

J. E., daß in dem Kollokationsplane vom 22. Juli 1836 auch der Kaufpreis des zur Stadt Rom genannten Hauses, welcher weder durch Subhastation herausgebracht, noch durch das in dem Art. 2181 des .B G. B. vorgeschriebene Reinigungsverfahren festgestellt worden war, sondern nur ein Ergebniß der im Wege des Theilungsverfahrens stattgefundenen Licitation bildete, als eine Masse behandelt worden ist, auf welche die Kollokation auszudehnen sey; daß auf die Hälfte dieses Kaufpreises die angeblichen Gläubiger des Appellanten angewiesen worden sind; daß der Schuldner nothwendig Partei in dem Kollokationsverfahren ist, Appellant zu demselben auch durch Gerichtsvollziehersakt vom 30. December 1836 vorgeladen worden;

Daß, wenn Appellant die Nichtigkeit dieser Ladung behaupten wollte, er seine desfallsige Einrede vor dem Richter geltend machen mußte, vor den er geladen war;

Daß daher Appellant in dem Kollokationsprozesse allerdings Partei und daher in dem Falle ist, die in diesem Verfahren ergangenen seine Rechte verletzenden Entscheidungen und Beschlüsse durch diejenigen Rechtsmittel, welche einer Partei zustehen, angreifen zu können, und, damit die Rechtskraft abgewendet werde, auch zu müssen.

Soviel nun aber die Frage betrifft, ob gegen den Beschluß eines Rangordnungs-Commissars, durch welchen ein Kollokationsplan für definitiv erklärt worden, Opposition an das Gericht zulässig sey, dessen Mitglied der Commissar ist.

J. E., daß der Art. 759 der B. P. O. den Commissar mit der Gewalt bekleidet, für den Fall, daß kein Streit entstehe, die Kollokation abzuschließen und die übrigen in dem gedachten Artikel erwähnten Beschlüsse zu fassen, welche ihrer Natur nach definitiv sind; daß das Gesetz, welches in dem unmittelbar vorhergehenden Artikel dem Gerichte die Befugniß zuerkennt, die Streitigkeiten über den provisorischen

Plan zu entscheiden, in Ansehung der in dem Art. 759 aufgeführten Beschlüsse des Commissars keine dergleichen Bestimmung enthält, und es also in dieser Beziehung bei der Regel beläßt, daß Entscheidungen und Beschlüsse eines Richters nicht durch Richter aufgehoben werden können, die mit ihm auf derselben Stufe der gerichtlichen Hierarchie stehen.

J. E., daß, wenn anzunehmen wäre, der Commissar übe nicht **eigene** Befugnisse aus, welche ihm von dem Gesetze beigelegt worden, sondern er handle nur im Namen des Gerichtes, dies in der Sache nichts ändern würde, da alsdann seine Beschlüsse so angesehen werden müßten, als seyen sie von dem ganzen Gerichte ausgegangen, und da dieses nicht befugt ist, einen einmal erlassenen Beschluß wieder aufzuheben, sofern derselbe einen definitiven Charakter hat.

Was die Drittopposition betrifft:

J. E., daß nach dem Obigen Appellant in dem Kollokationsprozesse Partei und geladen war, und daher die Bedingungen nicht vorhanden sind, unter denen der Art. 474 der B. P. O. die Dritt-Opposition gestattet.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof die von dem Urtheile des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf v. 14. Februar 1838 eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

I. Civil-Senat. Sitzung vom 26. November 1838.

Advokaten: **Stupp** — **Müller** — **Schöler**.

Competenz-Conflict. — Reglement des juges.

Nicht nur zur Erledigung des positiven sondern auch des negativen Competenz-Conflictes ist dasjenige Gericht competent, welches die zweite Instanz für die beiden Gerichte bildet, zwischen denen der Conflict besteht.

Art. 663 der B. P. O.

Böbis — Schmitz.

Zwischen diesen Partheien war ein Rechtsstreit bei dem Königl. Handelsgericht in Elberfeld anhängig. Es war bereits ein Vorbescheid in der Sache erlassen und erledigt. Als nun hierauf die Sache von dem Kläger wieder zur Verhandlung gebracht wurde, behauptete der Verklagte, daß

die Sache durch Vergleich abgethan, und produzirte zum Beweise dieser Behauptung einen von dem Kläger unterzeichneten Privatakt. Kläger bestritt die Beweisfähigkeit dieses Aktes aus dem Grunde, weil solcher nicht doppelt ausgefertigt worden sey.

Das Handelsgericht hielt sich für incompetent über diesen Inzidentpunkt zu erkennen und verwies die Partheien durch Urtheil vom 7. Januar 1836 zur Erledigung desselben an das Civilgericht.

Kläger ließ in Folge dieses Urtheils den Verklagten vor das Königl. Landgericht zu Elberfeld laden, um über den entstandenen Inzidentpunkt das Rechtliche erkennen zu hören; indeß erklärte sich auch dieses durch Urtheil vom 28. Juni 1836 für incompetent.

Nachdem nun die gegen das Urtheil des Handelsgerichts vom 7. Januar durch Böbis eingelegte Berufung von dem Appellations-Gerichtshofe wegen Statt gehabter Vollziehung jenes Urtheils als unannehmbar verworfen worden war, ließ Böbis den Verklagten zum Königl. Appellations-Gerichtshof zur Erledigung des durch die Urtheile des Handelsgerichts vom 7. Januar 1836 und des Landgerichts vom 28. Juni ejusdem anni entstandenen negativen Competenz-Conflictes vorladen. Von dem Verklagten jedoch wurde ein Zweifel über die Competenz des Appellations-Gerichtshofes angeregt und mit Bezugnahme auf Carré sur les lois de procédure behauptet, daß nur im Falle des positiven Conflictes dem Appell.-Gerichtshofe das Entscheidungsrecht zustehen würde.

Carré sagt nämlich an jener Stelle: Tout conflit de juridiction est positif ou negatif; positif quand deux ou plusieurs tribunaux retiennent la connaissance d'une affaire; negatif, quand ils refusent également d'en connaître. C'est au premier seulement que s'appliquent les dispositions du code de procédure sur les reglemens des juges, l'article 363 ayant conservé à la cour de cassation la competence exclusive à l'effet de statuer sur les demandes en reglement fondées sur un conflit négatif. C'est pourquoi nous definissons le reglement de juges en tant qu'il est l'objet des dispositions du code de procédure: «La decision par laquelle une «autorité judiciaire supérieure declare laquelle de

«deux ou de plusieurs autorités, qui lui sont sub-
«ordonnées doit connaître d'une contestation dont
«elles se trouvent simultamment saisies.» *)

Der Königl. Rh. Appell.-Gerichtshof erkannte wie folgt:

J. E., daß zwar nach dem Gesetze vom 27. November bis 1. Dezember 1790 die Competenz-Regulirungen bei entstandenen Jurisdictions-Conflicten zu den Attributionen des Cassations-Hofes gehörten, und dadurch die Ordonnanz vom Monate August 1737 eine Abänderung in derjenigen Bestimmung erlitten hat, wonach dergleichen Conflicte, wenn sie zwischen Gerichten entstanden, welche beide von einem und demselben Appellations-Gerichte ressortirten, auch von letzterem gehoben und regulirt werden sollten (Art. 27 Tit. 2 der bezogenen Ordonnanz);

Daß jene Abänderung ihren nothwendigen Grund in dem Umstande hatte, daß zu jener Zeit, wo das Gesetz vom 10. bis 24. August 1790 über die gerichtliche Organisatirn erlassen war, die unter dem Namen Distriktsgerichte geschaffenen Gerichte erster Instanz, auch zugleich wechselseitige Appellations-Gerichte unter sich waren; und es folglich keine solche Distrikts-Gerichte gab, welche von einem und demselben Appellations-Gerichte ressortirten, wie die bezogene Ordonnanz deren unterstellt hatte;

Daß jedoch, als durch die spätere Gesetzgebung, und namentlich das Gesetz vom 27. Ventose VIII. über die Organisation der Gerichte besondere Appellations-Höfe geschaffen und dadurch das seit 1790 bestandene Sachverhältniß in diesem Punkte sich anders gestaltet hatte, durch die C. P. O. Tit. 19 des zweiten Buches die neueren und allgemeinen Bestimmungen über die Competenz-Regulirungen eingeführt wurden, in welchen, wie dieses auch in dem Berichte der Tribunats-Abtheilung für die Gesetzgebung ausdrücklich bemerkt worden, als durchgreifende Hauptregel der Grundsatz angenommen und festgehalten worden ist: daß der Conflict jedesmal an dasjenige unmittelbar höhere Gericht gebracht werden soll, welches seine Gerichtsbarkeit über die beiden Gerichte, zwischen welchen der Conflict besteht, erstreckt;

---

*) Weitläufiger hat Carré dies ausgeführt in seinem Werke: Traité des lois de l'organisation judiciaire et de la competence (nouvelle édition revue etc. par Victor Fouché tom. 5. édition de Paris p. 34. et seq.).

Daß die C. P. O. keinen Unterschied zwischen einem sogenannten positiven oder negativen Conflict macht, vielmehr nur das Dasein des Conflicts dadurch bedingt, daß eine und die nämliche Streitfrage vor zwei verschiedene Gerichte gebracht worden ist, ohne zu unterscheiden, ob diese beiden Gerichte sich competent oder incompetent erklärt haben; und nur noch die Form bestimmt, unter welcher der Antrag auf Competenzregulirung vor dem unmittelbar höheren und gemeinschaftlichen Richter gebracht werden soll;

Daß daher in dem untergebenen Fall, wo es sich von einem zwischen dem Kgl. Handelsgerichte und dem K. Landgerichte zu Elberfeld entstandenen Conflicte u. dessen Regulirung handelt, der Königl. Rh. A. G. H., indem beide Gerichte zu seinem Ressort gehören, darüber zu erkennen berufen ist.

J. E., was die Sache selbst betrifft, daß das Handelsgericht zu Elberfeld die Entscheidung über die Gültigkeit eines Aktes unter Privatunterschrift vom 28. Januar 1835, welchen der Beklagte Schmitz der an dem besagten Handelsgerichte anhängige Klage entgegensetzte, durch sein Urtheil vom 7. Januar 1836 von sich ablehnte, und zu dem Civilgerichte ihn verwieß; daß dagegen das Königl. Landgericht zu Elberfeld darauf gegründet, daß das mit der Hauptsache befaßte Gericht, auch über die Einreden zu erkennen habe, in sofern das Gesetz selbst in besondern Fällen deshalb keine Ausnahme mache, durch sein Urtheil vom 28. Juni 1836 sich ebenfalls incompetent erklärte;

Daß die gegen das Urtheil des Königl. Handelsgerichts eingelegte Berufung, wegen unterliegenden Acquiscements des damaligen Appellanten Böbis durch Erkenntniß des Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshofes v. 2. August 1837 unannehmbar erklärt wurde;

Daß hiernach und in dieser Lage der Sache, der Lauf der Justiz förmlich gehemmet und unterbrochen ist, und bei diesem bestehenden Conflict wieder hergestellt werden muß;

Daß unbedenklich die Entscheidung über eine der Klage entgegengesetzte Einrede, außer den vom Gesetze selbst bezeichneten Fällen, immer dem mit der Hauptsache befaßten Gericht angehört;

Daß daher das Urtheil des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld vom 7. Januar 1836, welches die Entscheidung über die Gültigkeit der im Wege der Einrede producirten Urkunden, da diese nicht unter eine der gesetzlichen Ausnah-

men fällt, von sich ablehnte, zu Recht nicht bestehen kann, und demnach beseitigt werden muß.

J. E., was den Kostenpunkt der Competenz-Regulirung betrifft, daß der Kläger Böbis selbst auf die Compensation derselben angetragen hat, und nach Lage der Sache diese Compensation angemessen erscheint.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof, mittelst Aufhebung des Urtheils des Königl. Handelsgerichts zu Elberfeld am 7. Januar 1836, welches als nicht erlassen betrachtet werden soll, das besagte Königl Handelsgericht befugt und verpflichtet, über die in jenem Urtheile enthaltenen Streitpunkte zu erkennen, und verweiset zu dem Ende die Partheien an dasselbe zurück.

I. Senat. Sitzung vom 10. December 1838.

Advokaten: Stupp — Müller.

Vormünder. — Rechnungspflicht.

Wenn zwei Vormünder sich in einer und derselben Vormundschaft einander folgen, so ist der letztere zur Ablegung der Rechnung nicht nur über seine Verwaltung, sondern auch über die Verwaltung des ihm vorhergegangenen Vormundes verpflichtet*).

Der Großjährige braucht sich aber vorläufig nicht an dem letztern Vormunde zu halten, sondern hat auch sofort ein Klagerecht gegen den ersteren Vormund.

Dahm — Dahm.

Die Kinder von Johann Dahm standen seit dem Tode ihres Vaters bis zum Jahre 1822 unter der Vormundschaft von Joseph Dahm; Letzterer ließ in Gemeinschaft mit dem Beivormunde Peter Bley nach Beobachtung der gesetzlichen Vorschriften am 13. Januar 1818 durch den Notar Queckenberg, die seinen Mündeln zugehörigen Immobilien öffentlich an den Meistbietenden versteigern, und es wurden zufolge dessen die Steigschillinge theils an den genannten Vormund, theils an den ꝛc. Bley entrichtet.

---

*) Vergleiche Bd. XVII. Abth. 1. S. 206.

Joseph Dahm starb im Jahre 1822 mit Hinterlassung von Erben, und es folgte ihm in der Vormundschaft Georg Dahm, der es unterließ, sich von den Letzteren über die Tutel ihres Erblassers Rechnung stellen zu lassen. Auch er zog einen Theil der aus der Versteigerung vom Jahre 1818 noch schuldigen Restkaufschillinge ein, und starb bevor er den Kindern von Johann Dahm über die verwaltete Vormundschaft Rechnung abgelegt hatte.

Da nun so weder über die ganze Tutel, noch insbesondere von Seiten der zwei Vormünder und des rc. Bley über die Einnahme der gedachten Steigschillinge bis dahin Rechnung gelegt worden, so erhoben die Kinder von Johann Dahm Klage, wodurch sie von den Erben des ersten Vormunds Joseph Dahm über die von ihm geführte Vormundschaft und die Verwendung des aus seiner Immobiliar-Versteigerung erlößten Betrages; von den Erben des zweiten Vormunds Georg Dahm aber über die ganze Tutel Rechnungs-Ablage forderten.

Durch Urtheil v. 13. August 1836 erkannte das Königl. Landgericht zu Koblenz, daß die Klage gegen Joseph Dahm resp. dessen Erben zur Zeit als unannehmbar gegen Georg Dahm resp. dessen Erben und Bley aber anzunehmen sey.

Die Gründe dieses Urtheils sind:

J. E., was zunächst die Rechnungsflichtigkeit der Vormünder, resp. ihrer Erben betrifft, daß zwar jeder Vormund bei Endigung seiner Verwaltung, nach Art. 469 des B. G. B. darüber Rechnung zu legen verpflichtet ist; daß jedoch, wenn ein Vormund während der Minderjährigkeit seiner Pflegebefohlenen abgeht oder stirbt, und daher ein anderer Vormund an seine Stelle ernannt wird, die Rechnungslegung nicht an die Pflegebefohlenen selbst, sondern nur an den neuen Vormund, der die Minderjährigen in allen Civilhandlungen vertritt, geschehen kann;

Daß dieser neue Vormund sogar verpflichtet ist, von seinem Vorgänger resp. dessen Erben bei Uebernahme des Amtes sich Rechnung legen zu lassen, weil er selbst bei Beendigung der Vormundschaft nach Art. 471 des B. G. B. den gewesenen Curanden Schluß-Rechnung über die ganze, über sie geführte Vormundschaft zu legen verbunden ist;

Daß diese daher, wenn auch der frühere Vormund oder dessen Erben nach Art. 419 des B. G. B. für die von dem-

selben geführte Verwaltung verantwortlich bleiben, wegen der über die ganze Verwaltung zu legenden Schlußrechnung sich vorläufig nur an den letzten Vormund oder dessen Erben halten können; daß mithin die gegenwärtige Klage, in soweit sie gegen die Erben des Peter Joseph Dahm gerichtet ist, zur Zeit als unannehmbar abgewiesen werden muß;

J. E., daß nun zwar die Erben des Georg Dahm einwenden, daß die Kläger sich wegen Legung der Schlußrechnung nur an den Beklagten Bley halten könnten, indem dieser zuletzt die vormundschaftliche Verwaltung geführt habe.

J. E. jedoch, daß der Beklagte Bley nicht zum Vormunde bestellt worden ist, daß wenn derselbe auch dadurch, daß er es unterließe, auf die Bestellung eines neuen Vormundes anzutragen, so wie, daß er sich in die Vermögens-Verwaltung einmischte und dieselbe leitete, sich nicht nur zur Rechnungslegung über seine Verwaltung, sondern auch vielleicht zu Schadensersatz den Minorennen gegenüber verpflichtete, er doch hier allein den früheren Vormündern resp. deren Erben gegenüber noch keine Verbindlichkeiten übernahm;

Daß er sogar nicht einmal berechtigt war, von denselben Rechnungslegung über ihre Verwaltung zu fordern, daß, selbst wenn er dieses auch gethan und die Erben des letzten Vormundes dechargirt haben sollte, er dadurch den Klägern an ihren Rechten nichts vergeben konnte, in Beziehung auf sie, daher die gesetzliche Verpflichtung unverändert besteht, und die Erben von Georg Dahm daher zur Rechnungslegung über die ganze vormundschaftliche Verwaltung verbunden sind.

J. E., daß aus den vorstehenden Gründen sich ergiebt, daß den Klägern gegenüber zwischen den Erben vom Georg Dahm und dem Beklagten Bley keine gemeinschaftliche Verpflichtung zur Rechnungslegung besteht, daß nun der Beklagte Bley sich bereit erklärt, über die nach dem im Jahre 1829 erfolgten Ableben des Vormundes Georg Dahm gemachten Einnahmen und Ausgaben Rechnung zu stellen; daß etwas weiteres im Allgemeinen dem Beklagten Bley nicht obliegt und daher diese Rechnungslegung verordnet werden muß.

J. E. übrigens, daß bei der generellen Rechnungslegung natürlich auch der Erlös der etwa verkauften Immobilien berücksichtigt werden muß, und daß in sofern der dieserhalb formirte specielle Antrag für jetzt keine besondere Berücksichtigung verdient.

Auf die von den Erben Johann Dahm eingelegte Berufung erkannte der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof reformatorisch wie folgt:

J. E., daß, wie der Art. 469 des B. G. B. bestimmt, jeder Vormund verpflichtet ist, nach geendigter Vormundschaft Rechnung über seine Verwaltung abzulegen;

Daß der vor der Großjährigkeit des Minderjährigen abgehende Vormund diesem eben so schuldigt, Rechnung über seine Verwaltung abzulegen und das Uebrige zu leisten, wie ein Anderer dem Minderjährigen Schuldner eines Darlehens ist, welches er von dessen Erblasser empfangen hat, oder, wie leg. 9. § 4. dig. de tutel. et rationib. distrah. etc. sich für denselben Fall ausdrückt: qui desinit esse tutor, sic ex administratione tutelæ debitor est pupillo, quomodo si pecuniam creditam à patre ejus accepisset.

Daß die Vertretung des Minderjährigen dem nachfolgenden Vormunde mit der Beilegung der Befugniß zugleich die Verpflichtung auflegt, sich von dem abgegangenen Vormunde oder dessen Erben Rechnung ablegen und das Uebrige leisten zu lassen, wie jeder andern Schuldforderung des Minderjährigen Wirksamkeit zu verschaffen oder solche darin zu erhalten;

Daß die Gelangung des Minderjährigen zu großjährigem Alter diese Vertretung endigt, und auf den Großjährigen die eigene Vermögens-Verwaltung und damit die Verfolgung seiner Rechte überträgt;

Daß hievon das Recht, von dem früher abgegangenen Vormunde oder dessen Erben Ablegung der Rechnung über dessen Verwaltung und Uebriges zu fordern, wenn der nachgefolgte Vormund unterlassen hat, sich diese Rechnung ablegen und Uebriges leisten zu lassen, nicht mehr ausgenommen ist, wie jede andere Schuldforderung des Minderjährigen nach erlangter Großjährigkeit;

Daß nach dem Art. 450 des B. G. B. in Uebereinstimmung mit dem Römischen Rechte der Vormund dem Minderjährigen für allen aus übeler Verwaltung entspringenden Schaden verantwortlich ist; daß aber daraus folgt, daß der großjährig gewordene Minderjährige, was er von dem Hauptschuldner durch Verschulden oder Vernachlässigung des Vormundes nicht erhalten kann, von diesem zu fordern befugt ist; und also diese Verantwortlichkeit des Vormundes nicht hindert, sondern im Gegentheile erfordert, daß die Appellan-

ten vor Allem und hauptsächlich gegen die Appellaten, Erben des ersten Vormundes als Hauptschuldners, die Ablegung der Rechnung über dessen Verwaltung und die Leistung des Uebrigen verfolgen;

Daß daraus, daß nach dem Art. 471 des B. G. B. der Vormund, sobald der Minderjährige das großjährige Alter erreicht oder die Emanzipation erlangt hat, die Schlußrechnung ablegen muß, nicht, wie das Urtheil voriger Instanz angenommen hat, folgt, daß der Großjährige wegen der Verwaltung des erstern Vormundes und der darüber abzulegenden Rechnung vorläufig sich nur an den letztern Vormund halten könne, und vorher unbedingt von einem Klagerechte deßhalb gegen den erstern Vormund oder dessen Erben ausgeschlossen sey;

Daß der Art. 471 eine Fortsetzung des Art. 470 bildet, welcher bestimmt hatte, daß jeder Vormund, mit Ausnahme des Vaters und der Mutter, angehalten werden könne, auch während der Vormundschaft zu gewissen Zeiten, welche der Familienrath zu bestimmen für gut findet, dem Nebenvormunde Uebersichten des Zustandes seiner Verwaltung zu zustellen, ohne daß er jedoch genöthigt werden könne, deren mehr als Eine in jedem Jahre zu übergeben; mithin beide Artikel eigentlich von der Verwaltung eines und desselben Vormundes handeln;

Daß demnach die Appellaten nicht vermeiden können, sich auf die Klage der Appellanten einzulassen, welche die Ablegung der Rechnung über die vormundschaftliche Verwaltung ihres Erblassers und die Leistung des Uebrigen zum Gegenstande hat, und diese Klage als zur Zeit unstatthaft durch das Urtheil voriger Instanz nicht abgewiesen werden durfte.

Aus diesen Gründen

erkennt der Königl. Rh. Appellations-Gerichtshof für Recht, daß das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 13. August 1836 abzuändern sey, ändert dasselbe ab und erkennt an dessen Statt, daß die von den Appellanten durch Ladungen vom 27. und 28. März 1835 gegen die Appellaten als Erben des verlebten Joseph Dahm erhobene und in ihrem Antrage ausführlicher beschriebene Klage nicht als zur Zeit unstatthaft abzuweisen, sondern die Appellaten schuldig

zu erklären seyen, sich darauf einzulassen, weiset zu diesem Ende die Sache an das Gericht voriger Instanz zurück, verurtheilt die Appellaten in die Kosten dieser und voriger Instanz und verordnet die Rückgabe der Geldbuße.

II. Civil-Senat. Sitzung vom 13. Dezember 1838.
Advokaten: Holthoff — Lautz.

Fallit. — Ehefrau. — Hypothek. — Löschung.

Wenn nicht von dem in unbeweglichen Gütern bestehenden Brautschatze einer unter diesem Rechtsverhältnisse lebenden Ehefrau Rede ist, so sind Ehefrauen unter Ermächtigung ihrer Ehemänner ohne weiteres befugt, Löschungen der ihnen an dem Vermögen ihrer Ehemänner zustehenden Hypotheken zu bewilligen.

Syndik der Fallitmasse — Franz Engels.

Die Ehefrau des vor einigen Jahren in Falliments-Zustand gerathenen Tuchmachers Franz Engels zu Stotzheim, Anna Maria geb. Haber hatte kurz vor Ausbruch des Fallimentes gegen ihren genannten Ehemann auf den Grund der Art. 2121, 2135, 2139 und 2153 des B. G. B. bei dem Königl. Hypotheken-Amt zu Bonn eine General-Inscription zur Sicherheit einer Summe von 1200 Thlr. als Betrag des angeblich in die Ehe eingebrachten Brautschatzes und für Entschädigung, welche ihr für die Schulden die sie mit ihrem Ehemann gemacht, so wie für angeblich während der Ehe veräußerte Sondergüter gebühre, eintragen lassen.

Der Syndik des Fallimentes bestritt die Rechtmäßigkeit jener Forderung; und es kam, unter Genehmigung des Richter-Commissars eine Vereinbarung zu Stande, wonach die Ehefrau Engels auf ihre Forderung gegen eine Vergütung von 80 Thlr. Verzicht leistete, und demnach unter Autorisation ihres Ehegatten in die Löschung jener Hypothekar-Inscription consentirte. Der Löschungs-Consens, aufgenommen durch den Notar Zurhoven zu Köln am 3. November 1837, wurde dem Hypotheken-Bewahrer durch den Syndik des Fallimentes vorgelegt, um die Löschung zu bewirken. Der Hypotheken-Bewahrer verweigerte aber diese Löschung, weil nach einer General-Instruction Nr. 233, Ehefrauen die gegen ihre Ehemänner genommenen Inscriptionen nur auf den

Grund eines vom Gerichte homologirten Familienraths=Beschlusses löschen lassen könnten.

Um diesem Requisite zu genügen veranlaßte der Syndik die Zusammenberufung des Familienrathes, welcher unter dem Vorsitze und Friedensrichters von Rheinbach sich versammelte und durch Beschluß vom 21. Mai 1838 zur beabsichtigten Löschung jener Hypothek seine Zustimmung ertheilte.

Das Königl. Landgericht zu Köln aber, um die Homologation dieses Beschlusses ersucht, verweigerte solche, und zwar, weil kein hinreichender Grund vorliege, diese Homologation, wenn es derselben bedürfen sollte, zu ertheilen.

Gegen diesen am 28. Juni 1838 erlassenen Beschluß ergriff der Syndik die Berufung und stellte beim Appellations=Gerichtshofe vor:

Wenn es wirklich, wie der Hypothekenbewahrer behauptet, eines homologirten Familienraths=Beschlusses zur Bewirkung der Löschung der in Frage stehender Inscription bedarf, so ist nicht wohl einzusehen, weßhalb diese Homologation vom Landgerichte verweigert werden durfte.

Die Ehefrau Engels hatte mit Einwilligung ihres Ehemannes gegen eine ihr aus der Fallitmasse gezahlte Aversional=Summe von 80 Thlr. auf ihre angeblich durch die fragliche Inscription gesicherten Ansprüche verzichtet, und das Gutachten des Familienrathes konnte wohl keinen andern Zweck haben, als die Ehefrau nochmals auf die Wichtigkeit dieses Verzichtes aufmerksam zu machen, und zu erforschen, ob sie nicht etwa zu diesem Verzichte durch unrichtige Motiven betrogen worden sey; und wenn es nun noch eine Homologation des Familienraths=Beschlusses bedarf, so scheint diese nur aus Gründen verweigert werden zu können, damit der Implorant wenigstens in die Möglichkeit versetzt werde, allenfallsige Bedenklichkeiten des Richters nachträglich zu beseitigen, das Zweifelhafte näher aufzuklären, und das etwa noch Fehlende beizubringen. Zu bemerken ist hierbei noch, daß die Veräußerung der Immobilien des Falliten, worauf die fragliche Inscription besteht, vorlängst Statt gefunden hat, und daß es sich sonach davon handelt, die Kaufschillinge einzuziehen, was ohne vorherige Radiation jener Inscription nicht geschehen kann.

Für den appellantischen Syndik wurde dahin angetragen, den Rathskammer=Beschluß des Königl. Landgerichts

zu Cöln vom 28. Juni 1838 zu reformiren und statt dessen dem Familienraths-Beschlusse vom 21. Mai 1838 die nachgesuchte Bestätigung zu ertheilen.

Der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof erkannte hierauf folgendermaßen:

Auf die Vorstellung und Berufung des Syndiks der Fallitmasse Franz Engels:

J. E., daß die Bestätigung des Gutachtens des Familienraths von 21. Mai 1838 beim Königl. Landgerichte zu Cöln im Namen der Eheleute Engels nachgesucht worden; der appellirende Syndik aber keinen Theil an diesem Gesuche gehabt hat, mithin nicht befugt ist, den gegen ihn nicht erlassenen Beschluß der Rathskammer desselben Landgerichts vom 24. Juni dieses Jahrs durch das Mittel der Berufung anzugreifen;

Daß ohnehin, wenn nicht von dem in unbeweglichen Gütern bestehenden Brautschätze einer unter diesem Rechtsverhältnisse lebenden Ehefrau die Rede ist, nach den Artikeln 917, 1123, 1124 u. 1431 des B. G. B. Ehefrauen mit Einwilligung und Ermächtigung ihrer Ehemänner gültig an Dritte ihr persönliches Eigenthum veräußern, verpfänden, die ihnen zustehenden Rechte übertragen, und überhaupt Verpflichtungen jeder Art gegen Dritte eingehen, obgleich diese Verfügungen zugleich zum Vortheile ihrer Ehemänner gereichen;

Daß von diesen erlaubten Verpflichtungen die von Ehefrauen unter Ermächtigung ihrer Ehemänner Dritten bewilligten Löschungen der ihnen an dem Vermögen ihrer Ehemänner zustehenden gesetzlichen Hypotheken, mögen diese eingetragen seyn oder nicht, nirgend ausgenommen sind;

Daß die Bestimmungen der Art. 2144 u. 2145 des B. G. B. von Einschränkungen und Löschungen dieser Hypotheken gelten, welche Ehefrauen, ohne alle Verpflichtung gegen Dritte, ihren Ehemännern bewilligen;

Daß der für die Nothwendigkeit eines gerichtlich bestätigten Familienraths-Gutachtens von dem Hypotheken-Amte zu Bonn angeführten Instruktion Gesetzeskraft nicht zugestanden werden darf, wenn diese Instruktion den Fall begreifen sollte, in welchem die nachgesuchte Löschung einer solchen Hypotheke sich auf eine Verpflichtung der Ehefrau

gegen einen Dritten unter Ermächtigung ihres Ehemannes stützt, und diesem Dritten bewilligt werde; daß aber aus den beigefügten Aktenstücken sich keineswegs ergibt, daß die bei diesem Hypotheken-Amte nachgesuchte Löschung der Hypotheke, von welcher die Frage ist, sich auf eine ähnliche Verpflichtung und Bewilligung der Ehefrau Engels stützte; und daher dem Appellanten überlassen werden muß, auf den Grund des von ihm bezogenen Vergleichs eine von der Ehefrau Engels unter Ermächtigung ihres Ehemannes ihm als Syndike der Gläubiger dieses Ehemannes ertheilte Bewilligung der Löschung sich zu verschaffen, und die darauf gegründete Löschung der Hypotheke bei dem Hypotheken-Amte zu Bonn nachzusuchen; jedenfalls aber ein gültiger Grund mangelt, dem Gutachten des Familienraths vom 21. Mai 1838 die gerichtliche Bestätigung angedeihen zu lassen.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. A. G. H. die Berufung von dem Beschlusse der Rathskammer des Königl. Landgerichts zu Cöln vom 28. Juni 1838 mit Verurtheilung des Appellanten in die Kosten und in die Geldbuße.

Rathskammer-Sitzung des Ferien-Senates vom 28. September 1838. — Advokat: Bauerband.

Prozeß. — Verzichtleistung. — Form.

Wird zur prozeßmäßigen Gültigkeit einer Verzichtleistung die Erklärung in einem zuzustellenden Akt erfordert? Art. 402 der B. P. O.

Peters — Mertens.

Die Gründe zur Verneinung dieser Frage hat der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof ausgesprochen in folgendem ohne weiteres, verständlichem

Urtheil:

J. E., daß die Appellaten in ihren Anträgen zu dem Urtheile des Königl. Landgerichtes zu Trier vom 8. Januar d. J. ausdrücklich erklärten, daß sie der von den Appellanten beantragten Wiederaufnahme des zwischen den Partheien schwebenden Rechtsstreites nicht widersprechen, und von den ihrerseits zugestellten Ladungen auf Peremtion keinen Gebrauch machen wollten;

Daß hiernach, und auf den Antrag der Appellanten die Instanz auch wirklich für reassumirt erklärt worden; daß in jener Erklärung der Appellaten ein förmlicher Verzicht auf die erhobene Peremtionsklage enthalten war, und der Art. 402 der B. P. O., indem er bestimmt, daß dergleichen Verzichte auch durch einfache Anwaltsakte gemacht werden können, darum eine andere gerichtlich gemachte Erklärung nicht ausschließt;

Daß daher, und, wo die Reassumtion der Instanz bereits erkannt war, es den Appellanten an aller Veranlassung und jeglichem Interesse fehlte, jene Peremtionsklage zum Gegenstand einer weiteren gerichtlichen Verhandlung zu machen, und sie daher durch die Entscheidung des ersten Richters in keiner Weise beschwert sind.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 27. März 1838 eingelegte Berufung, und verurtheilt die Appellanten in die Kosten.

1. Senat. Sitzung vom 19. November 1838.

Advokaten: Borchardt — Haas.

Vergleich. — Beweis.

Kann der Beweis, daß der zwischen zwei Parteien obgewalteter Rechtsstreit durch einen zwischen ihnen zu Stande gekommenen Vergleich abgethan sey, durch Eidesantrag hergestellt werden?

Farina — Wolf.

Die Affirmative dieser Frage wurde angenommen, weil die Zuschiebung des Entscheidungseides über jede Streitigkeit, obgleich dieselbe schriftlichen Beweis erfordere, nach dem Art. 1358 des B. G. B. statt finde und der Vergleich hiervon keine Ausnahme mache; und weil der Unterschied den Vergleich von andern Rechtsgeschäften auszeichne, daß derselbe ohne Rücksicht auf den Werth des Gegenbeweises den Beweis durch Zeugen ausschließe.

Ferien-Senat. Sitzung vom 13. August 1838.

Advokaten: Holthoff — Stupp.

Urtheil. — Kostenzahlung. — Berufung. — Verzicht.

Aus der freiwilligen Zahlung der Urtheilskosten kann nicht immer auch eine Verzichtleistung auf die Berufung geschlossen werden.

Meyer — Enoch.

J. E., daß die freiwillige Execution eines Urtheils und insbesondere die Zahlung der Prozeßkosten zwar in der Regel als ein Verzicht auf die Berufung angesehen wird, daß diese Regel sich jedoch nicht auf ein positives Prozeßgesetz gründet, sondern als aus der Natur der Sache geschöpft, in die Praxis eingeführt ist;

Daß dieselbe mithin wegfallen muß, wo besondere Umstände obwalten, denen zufolge die freiwillige Execution des Urtheils als sehr wohl vereinbarlich mit der Absicht dasselbe durch Berufung anzugreifen erscheint;

Daß also, wenn in vorliegendem Falle der Appellant, als ihm am 19. October 1837 in seiner Wohnung zu Berlin eine Aufforderung die ihm durch das Urtheil a quo zur Last gelegte Kosten zu zahlen, zugestellt worden, schon am 21. n. M. den Betrag per Post an den Gerichtsvollzieher Weidmann zu Elberfeld sandte, aus dieser Handlung unter verwaltenden Umständen auf keine Verzichtleistung geschlossen werden kann;

Daß daher die der Berufung entgegengesetzte Einrede der Unzulässigkeit ungegründet ist.

III. Senat. Sitzung vom 13. Juni 1838.

Advokaten: von Hontheim — Hardung.

Erbtheilungsklage. — Bildung der Masse.

Bei der Erbtheilungs-Klage ist die Bildung der Erbmasse vor aller und jeder Erörterung über die Theilungs-Gegenstände unter Verweisung der Erben vor Notar zu verordnen.

Conen — Bales.

Die über die Erbtheilung der elterlichen Vermögens, insbesondere über die Absonderung des dem persönlichen Vermögen des Vaters im Gegensatz der der ehelichen Gütergemeinschaft der Eltern zugehörigen Grundstücke im Streit

befangenen Partheien wurden durch das vom Königl. Landgericht zu Koblenz am 29. Dezember 1836 erlassene Urtheil zur vorläufigen Bildung der Erbmasse vor den Notar verwiesen. Hiervon Berufung, welche jedoch vom Appellations-Gerichtshofe verworfen wurde durch folgendes

Urtheil:

J. E., daß die Appellanten angetragen haben, ihnen zu beurkunden, daß sie bereit seyen, denjenigen Theil des elterlichen Nachlasses, welcher noch nicht getheilt ist, abzutheilen, und die Appellaten mit jeder Mehrforderung abzuweisen; daß aber das Urtheil wovon nach gesetzlicher Vorschrift vor allem die Bildung beider Massen vor den dazu beauftragten Notar verordnet hat, ohne darüber zu entscheiden, was in diese Massen aufzunehmen oder davon auszuschließen ist, und daher die Appellanten durch diese Verfügung nicht beschwert sind;

Daß die Bildung der Massen eine Maßregel ist, welche dazu dient, die Theilung vorzubereiten, und den Appellanten unbenommen ist, die Ausschließungen von diesen Massen, welche sie zu ihrem Vortheile geltend machen zu können glauben, in dem zu dem Ende angeordneten Verfahren anzubringen.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 29. Dezember 1836 eingelegte Berufung als ungegründet, und verurtheilt die Appellanten in Strafe und Kosten.

II. Senat. Sitzung vom 22. November 1838.

Advokaten: Holthoff — Haas.

Verurtheilung. — Exekution. — Körperhaft.

Die Klage, wodurch nach erfolgter definitiven, rechtskräftigen Verurtheilung zur Zahlung einer geforderten Geldsumme nachträglich wegen derselben die Ermächtigung zu der Exekution mittelst Körperhaft auf Grund des Artik. 2060 des B. G. B. nachgesucht wird, ist gesetzlich unstatthaft.

Syberz — Steingießer.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Aachen vom 1. Mai 1837 wurde der damals in Jülich wohnende Notar

Steingießer verurtheilt, an Herrn Syberz eine Summe v. 691 Thlr. 11 Sgr. 4 Pfn. nebst Zinsen und Kosten zu bezahlen.

Am 26. April 1838 ließ Syberz den Steingießer, welcher inmittelst nach Ränderoth versetzt worden war, vor das Königl. Landgericht zu Köln abladen, um verordnen zu hören, daß das gedachte Urtheil vermittelst Personalarrestes gegen ihn vollstreckt werde.

Syberz gründete diese Klage darauf: in dem besagten rechtskräftig gewordenen Urtheile vom 1. Mai 1837 sey es als bewiesen anerkannt, daß Steingießer in der Eigenschaft als instrumentirender Notar für die Eheleute Schmitz in Jülich am 9. Dezember 1834 einen Immobilarverkauf abgehalten, die Kaufschillinge von den Ansteigerern in Empfang genommen habe, und daranf noch die gedachte Summe verschulde; daß ferner durch Cessions-Akt, errichtet vor Notar v. Gal zu Köln am 17. Februar 1835, ihm diese Summe übertragen worden, und endlich darauf, daß, da dieses Urtheil durch die gewöhnlichen Executionsmittel nicht vollstreckt werden könne, nach Art. 2060 Nr. 7 des B. G. B. in gegenwärtigem Falle das außerordentliche Executionsmittel des Personalarrestes zulässig sey.

Durch Urtheil des gedachten Königl. Landgerichts zu Köln vom 8. Mai 1838 wurde Syberz in contumatiam des Steingießers, mit seiner Klage als unstatthaft abgewiesen und in die Kosten verurtheilt.

Von diesem Urtheile ergriff derselbe am 9. Juli 1838 die Berufung zum Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshofe, wo erkannt wurde, wie folgt:

J. E., daß die Zuerkennung des Zwanges durch Körperhaft in den Fällen des Art. 2060 des B. G. B. als eine Verschärfung der Condenmation in der Hauptsache sich darstellt, welche auf die besondere Eigenschaft der eingeklagten Forderung, mithin auf Thatsachen sich gründet, welche älter sind, als die Condenmation in der Hauptsache;

Daß der Richter, nachdem er einmal in der Sache definitiv erkannt hat, nicht mehr befugt ist, die ausgesprochene Condenmation auf Grund von Thatsachen, die derselben vorhergegangen, zusätzlich zu verschärfen;

Daß sonach die Zuerkennung des Zwangs durch Körperhaft in den Fällen des Art. 2060 des B. G. B. nur durch dasselbe Urtheil, welches die Entscheidung in der Hauptsache

enthält, und nicht durch ein späteres Urtheil desselben Richters ausgesprochen werden kann;

Daß mit diesen Grundsätzen übereinstimmend der Art. 127 der B. P. O. bestimmt, daß selbst in dem Falle einer Aussetzung des Zwangs durch Körperhaft in Betreff derselben kein besonderes zweites Urtheil erlassen, sondern in demselben Urtheile, wodurch in der Hauptsache erkannt wird, auch das Erforderliche in Betreff der Körperhaft im Voraus bestimmt werden solle;

Daß diesen Grundsätzen auch durch die Bestimmungen der Art. 2061 des B. G. B. und 523, 526, 527, 557 u. 534 der B. P. O. keineswegs widersprochen wird, indem in allen diesen Artikeln der Fall vorausgesetzt ist, daß erst nach der Erlassung eines condenmatorischen Urtheils durch inzwischen eingetretene neue Thatsachen die Körperhaft begründet worden sey;

Daß diesemnach die angestellte Klage, wodurch nach erfolgter definitiven, rechtskräftigen Entscheidung über die Forderung nachträglich wegen derselben die Ermächtigung zu der Exekution mittelst Körperhaft, auf Grund des Art. 2060 des B. G. B. nachgesucht wird, als gesetzlich unstatthaft sich darstellt.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof die gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Köln vom 8. Mai 1838 eingelegte Berufung unter Verurtheilung des Appellanten in die Kosten und die gesetzliche Succumbenzstrafe.

I. Senat. Sitzung vom 20. November 1838.

Advokaten: Schöler — Klein.

Summa appellabilis.

Wird eine Summe über 1000 Franken eingeklagt, vom Beklagten eine theilweise Zahlung angeboten und nur ein Rest unter 1000 Franken von ihm contestirt, so ist die Sache nicht appellabel.

Harmann — Kamps.

Schiffer Kamps belangte den Kaufmann Hartmann vor das Königl. Landgericht zu Düsseldorf, als Handelsgericht fungirend, um sich unter dem Nachtheile der körperlichen

Verhaftung verurtheilen zu hören, ihm Kamps an Fracht für die im Dezember 1837 zu Rotterdam geladenen und Anfangs Januar dieses Jahres in Düsseldorf abgelieferten 223 Fässer Baumöl, im Gewichte zu 132,364 Pfund, die Summe von 573 Thlr. 17 Sgr. 4 Pfg. nebst Zinsen à 6 Prozent und die Prozeßkosten zu bezahlen.

Zur Begründung der Klage führte Kläger an, daß er und der Eigenthümer des bezeichneten Oels im Anfange des Dezember 1837 zu Rotterdam dahin überein gekommen sey, daß der Kamps $6\frac{1}{2}$ Silbergroschen per 50 Kilogramm an Fracht nach Düsseldorf frei Geld haben sollte; daß dagegen Kamps die Octroi-Gebühren und die Revisionskosten zu Emmerich selbst bestreiten müsse und daß er nichts in Abrechnung bringen dürfe, widrigenfalls ihm solcher abgezogen werden solle.

Obgleich nun Kamps die bezeichneten Waaren am gehörigen Ort und zur rechten Zeit abgeliefert, so verweigerte Hartmann ihm dennoch die Zahlung seines Frachtlohnes im Betrage von 573 Thlr. 17 Sgr. 4 Pfg., ließ vielmehr durch Akt vom 18. Januar 1838 dem Kamps nur eine Summe von 474 Thlr. 22 Sgr. 4 Pfg. anbieten, behauptend, diese Summe bilde die ausbedungene Fracht, da Kamps sich den Abzug der Octroi- und Revisions-Gebühren mit 98 Thlr. 25 Sgr. gefallen lassen müsse. Da aber Kamps diese Gebühren schon einmal selbst erlegt hatte, so widersetzte er sich einem nochmaligen Abzuge derselben an seiner Fracht und verweigerte die Annahme obiger 474 Thaler 22 Silbergr. 4 Pfennige.

Durch Urtheil des Königl. Landgerichts zu Düsseldorf, als Handelsgericht fungirend, vom 17. Februar 1838 wurde Hartmann nach Inhalt der Klage, nämlich zur Zahlung von 573 Thlr. 17 Sgr. 4 Pfg. nebst Zinsen à 6 Prozent vom Tage der Ladung und zwar unter dem Nachtheile persönlicher Verhaftung und in die Kosten verurtheilt.

Gegen dieses Urtheil legte Hartmann Berufung ein.

Der Anwalt des Appellaten trug darauf an, die Berufung wegen Mangels eines appellablen Gegestandes als unannehmbar zu verwerfen und diesem Antrage gemäß erkannte der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof durch folgendes

Urtheil:

I. E., daß der Appellant von der ursprünglich vom Appellaten eingeklagten Summe von 573 Thlr. 17 Sgr. 4 Pfn. gleich im Anfange des Prozesses nur 98 Thlr. 25 Sgr. contestirt, den Rest aber mit 474 Thlr. 22 Sgr. 4 Pfg. zu zahlen sich erboten hat;

Daß zwar dies Anerbieten einer theilweisen Zahlung nicht angenommen werden, und der Appellat auf die unverkürzte Zahlung der vollständigen Summe seiner Forderung bestand;

Daß jedoch der einzige Hauptstreit-Gegenstand nur 98 Thaler 25 Silbergroschen betrug, folglich die summa appellabilis bei weitem nicht erreichte, selbst dann, wenn man die geforderten Zinsen hinzurechnen wollte;

Das die ganze summa libelli nur in sofern in Berechnung kommen darf, als sie auch fortwährend den Contestations-Gegenstand bildet, der unbestrittene Theil derselben jedoch hierbei nicht in Anschlag zu bringen ist, indem sonst die unbedeutendsten Contestationen von dem gringfügigsten Betrage in zweiter Instanz angebracht werden dürften, was offenbar nicht die Absicht des Gesetzgebers war, als er die Berufbarkeit nach der Summe beschränkte;

Daß daher die Art. 5 und 6 Tit. 4 des Gesetzes vom 16. bis 24. August 1790, wenn man den Art. 4 Tit. 12 des nämlichen Gesetzes damit in Verbindung stellt sowohl als der Art. 646 des H. G. B. den Werth des Streitgegenstandes mehr als die summa libelli zur Bestimmung der Berufbarkeit desselben berücksichtigt zu haben scheinen;

Daß hiergegen die Einwendung, daß die summa gravaminis ebenfalls niemals in Anschlag kommen dürfe, obgleich auch diese oft sehr unbedeutend seyn könne, nicht die Folgerung begründen kann, daß überall einzig auf die libellirte Summe gesehen werden müsse, ungeachtet durch die litis contestatio nur ein Theil derselben der Streit-Gegenstand geblieben ist;

Daß endlich die Bemerkung, daß die Competenz der Gerichte über die Frage: „ob der Zeugenbeweis zulässig sey," lediglich nach der summa libelli zu beurtheilen sey, aus den nämlichen Gründen eben so wenig entscheidend erscheint, in-

dem von einer singulairen Verfügung nicht auf ein anderes ganz verschiedenes Verhältniß das Nämliche gefolgert werden darf.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rh. Appellations-Gerichtshof die gegen das Urtheil des Kgl. Landgerichts zu Düsseldorf (als Handelsgericht fungirend) vom 17. Februar dieses Jahres eingelegte Berufung als unzulässig unter Verurtheilung des Appellanten in Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 28. November 1838.

Advokaten: Müller — Lützeler.

Verbindungsweg. — Gemeindemitglied. — Klagerecht.

Zur Klage gegen Eingriffe Dritter in einen als Verbindungs-Weg (chemin de travers) in der Klage bezeichneten Fahrweg sind nicht einzelne Mitglieder der Gemeinden, sondern nur Letztere selbst qualifizirt.

Hölzer — Wortmann.

An einem Grundstück des rc. Wortmann führte früherhin ein durch eine lebendige Hecke davon getrennter Fahrweg vorbei, worüber der rc. Hölzer von der Landstraße bei Lennep zu seinem Gut gelangte.

Als Ersterer im Jahr 1834 jene Hecke ausrotten ließ, stellte derselbe dem rc. Hölzer eine Urkunde aus, worin er erklärte, daß durch diese Ausrottung und die Urbarmachung des Heckenraumes die Rechte eines Fahr- und Fußwegs für das Gut des rc. Hölzer nicht geschmälert worden, dem Hölzer vielmehr der Besitz des fraglichen Weges ungeschmälert verbleiben sollte. Da rc. Wortmann dennoch später den Weg dadurch vernichtete, daß er denselben urbar machte und zu seinem Grundstücke zog; so erhob Hölzer gegen ihn beim Königl. Landgerichte zu Elberfeld Klage auf Wiederherstellung des Weges, und gründete dieselben zunächst auf die Behauptung, zu deren Beweise er sich erbot, daß der fragliche Weg als ein öffentlicher Fahr- und Verbindungs-Weg zwischen Lennep und Gerschhagen (chemin de travers) seit undenklichen Zeiten von Jedermann frei und ungehindert benutzt worden sey. Sodann stützte Kläger sich auf die unterm

19. Mai 1834 ausgestellte obenerwähnte Erklärung, worin er ein Anerkenntniß seines Rechts von Seiten des Beklagten zu finden glaubte.

Der Beklagte setzte der Klage den doppelten Einwand entgegen:

1) Beweise die Erklärung v. 19. Mai 1834 nichts gegen ihn; da dieselbe nach Art. 1337 des B. G. B. von der Vorlegung des Primordialtitel nicht dispensire.

2) Sey Kläger nicht qualificirt auf Anerkennung eines öffentlichen Fahr- und Verbindungsweges zu klagen.

Das Königl. Landgericht nahm diese Einrede an, und wies die Klage ohne Weiteres ab.

Der Kläger legte dagegen die Berufung ein, und stützte sich im wesentlichen darauf, es sey unerheblich, ob der streitige Weg auch ein öffentlicher sey, denn der Appellat könne ihm den Gebrauch dieses Weges nicht streitig machen, ohne die im Akt vom 19. Mai 1834 übernommene Verpflichtung zu verletzen. Das gegebene Versprechen, die Rechte eines Weges für das Gut des Appellanten nicht zu schmälern, diesem vielmehr den Besitz desselben ungeschmälert zu belassen, binde den Appellaten rechtlich, sey aber durch die Zerstörung des Fahrwegs verletzt worden.

Der Art. 1337 des B. G. B. sey nicht anwendbar, weil der quest. Artikel eine selbstständige Verbindlichkeit enthalte; und weil jener Artikel sich nur auf solche Recognitions-Acte beziehe, denen ein Primordialtitel zum Grunde liege. Für den Fall jedoch, daß Appellant sein Recht näher zu dociren habe, erbot sich sein Anwalt zum Zeugenbeweise darüber, daß Appellant resp. seine Vorbesitzer im Gut wenigstens 30 Jahre hindurch vom J. 1810 rückwärts den rechtlichen Besitz des quest. Fahrwegs-Rechts gehabt.

Wollte man auch den quest. Weg als einen Gemeindeweg ansehen, so sey dennoch die Klage zulässig, weil es sich hier nicht von einem Patrimonial-Vermögen der Gemeinde, sondern von einem Rechte handle, dessen Ausübung den Einzelnen in der Gemeinde zustehe, und welches daher auch von diesen vollständig, wenn sie darin gestört oder angegriffen würden, müsse verfolgt werden dürfen.

Der Königl. Rhein. A. G. H. confirmirte indeß das Urtheil des ersten Richters aus folgenden Gründen:

J. E., daß die von dem Appellanten erhobene Klage darauf gegründet worden ist, daß der in Frage stehende Weg als ein öffentlicher Fahr- und Verbindungs-Weg zwischen Lennep und Gerschhagen (chemin de travers) seit undenklichen Zeiten von Jedermann frei und ungehindert benutzt worden sey;

Daß Appellant dieselbe Behauptung in gegenwärtiger Instanz wiederholt hat; daß wenn daher von dem ersten Richter in Folge der von dem Appellanten selbst ausgegangenen Erklärung unterstellt worden ist, daß der in Anspruch genommene Weg nur ein Eigenthum der Gemeinde seyn könne, eine solche Voraussetzung völlig gerechtfertigt erscheint, und hierin ein Grund zu einer Beschwerde für den Appellanten nicht gefunden werden kann;

Daß nun aber nach bekannten gesetzlichen Bestimmungen die Verwaltung des Gemeinde-Vermögens, ohne Unterschied ob dasselbe zur Kathegorie des Patrimonial- oder Communal-Vermögens gehört, ausschließlich den Vorstehern der Gemeinde zusteht; daß es eben so den Nämlichen vorbehalten ist, unter Autorisation der höhern administrativen Behörden, Klage, das Communal-Vermögen betreffend, einzuleiten, hierbei eine Concurrenz der einzelnen Mitglieder der Gemeinde aber, so wie solche offenbar die Veranlassung zu einem Mißbrauch des Klagerechts und ungerechten Belästigungen werden könnte, nach keinem Gesetze gestaltet ist; daß Appellant daher zur Anstellung der Klage, in der Art, wie solche erhoben worden, keineswegs für qualifizirt zu halten ist;

Daß der von dem Appellaten ausgestellte Schein d. d. Gerschhagen den 19. Mai 1834 hierbei unerheblich ist, daß hierin allerdings die Erklärung desselben enthalten ist, daß die durch ihn geschehene Ausrottung der Hecke neben dem fraglichen Verbindungs-Wege und die Urbarmachung des Heckenraumes die Rechte eines Fahr- und Fußweges für das Gut des Appellanten nicht schmälern, diesem vielmehr der Besitz des besagten Weges uneingeschränkt verbleiben solle;

Daß jedoch der Titel, worauf sich das dem Appellanten zugestandene Recht an dem fraglichen Wege, so wie der Besitz desselben gründet, aus der gedachten Urkunde keineswegs zu entnehmen ist; daß, wenn dieselbe daher auch als völlig beweisend angesehen werden möchte, hieraus in Verbindung mit der von dem Appellanten selbst aufgestellten Behaup-

tungen nur ein der Gemeinde zustehendes Recht hergeleitet werden könnte, welches Appellant geltend zu machen in keinem Falle berechtigt ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof ohne Rücksicht auf die subsidiarischen Anträge des Appellanten, die von demselben gegen das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 8. März v. J. eingelegte Berufung mit Strafe und Kosten.

III. Senat. Sitzung vom 21. Juni 1838.

Advokaten: Mauß — Bauerband.

Inzidentberufung. — Gemeinderecht. — Waldnutzungsrechte.

Die Inzidentberufung kann auch noch während der kontradictorischen Verhandlung eingelegt werden, wenn darauf nicht verzichtet worden ist.

Die Negatorienklage kann nicht durch die Einrede des Verklagten, daß er die bestrittenen Gerechtsame in seiner Eigenschaft als Mitglied einer Gemeinde ausübe und ihm deshalb die Passiv-Legitimation mangele, beseitigt werden, wenn jene Gerechtsame der Gemeinde von dem Kläger zugestanden, dem Verklagten aber aus dem Grunde bestritten werden, weil er zu den berechtigten Mitgliedern derselben nicht gehöre.

Der Umstand, daß ein Dorf und ein benachbarter Hof (zwei Ortschaften) unter der deutschen Reichsherrschaft verschiedene Landesherrn hatten, schließt ihren damaligen Gemeindeverband untereinander nicht aus.

Die im Art. 636 des B. G. B. erwähnten Waldnutzungsrechte sind je nach ihrem Subjecte als Grund-Dienstbarkeiten im Sinne der Art. 688 und 691 zu betrachten und demnach der Ersitzung entzogen.

Königl. Regierung in Koblenz — Moog u. Cons.

Die Königl. Regierung in Koblenz stellte gegen mehrere Individuen, welche auf dem sogenannten Entenpfuler Hofe

im herrschaftlichen Sonnwalde ohnfern von dem Dorfe Eckweiler wohnen, die in nachstehendes Urtheil des Appellations-Gerichtshofes wörtlich aufgenommene Negatorien-Klage an. Die Verklagten wandten ein, daß durch einen Präfekturraths-Beschluß Jahres XIII., als vermöge der französischen Gemeinden-Organisation der Entenpfuler Hof unbestrittenermaßen zur Gemeinde Eckweiler gehörte, dieser Gemeinde und allen übrigen des vormals Badischen Amtes Winterburg gewisse Waldnutzungsrechte, worunter z. B. das auf Brand- und Bauholz, unter gewissen Beschränkungen zuerkannt worden seyen, nach jenem Beschlusse auch die Bewohner des Entenpfuler Hofes 30 Jahre hindurch vor Anstellung der Klage besagte Rechte genossen hätten. Hierauf entgegnete die Klägerin:

1) der Präfecturraths-Beschluß vom Jahre XIII. habe nur die alte (Real-) Gemeinde Eckweiler in denjenigen Rechten, welche ihr vor der Occupation des Landes durch die Franzosen im Sonnwalde zugestanden, gehandhabt, später hinzugekommenen Gemeinde-Abtheilungen im Sinne der französischen Communal-Verfassung aber keine Theilnahme daran gestattet;
2) der Beweis, daß der Entenpfuler Hof zu der Badischen Gemeinde Eckweiler nicht gehört habe, liege in der historischen Thatsache, daß jener Hof unter kurpfälzischer Landeshoheit gestanden;
3) der von den Verklagten behauptete dreißigjährige Genuß der streitigen Gerechtsame sey nach Artikel 691 des B. G. B. unerheblich.

Den Streit über diese Sätze entschied das Königl. Landgericht in Koblenz interlocutorisch dahin, daß die Königl. Regierung den Beweis zu liefern habe, der Entenpfuler Hof sey vor der Französischen Occupation kein Bestandtheil der Gemeinde Eckweiler gewesen; eventuell wurden die Verklagten jedoch zugleich zum Beweise des dreißigjährigen Quasi-Besitzes nach mehrgedachtem Präfecturrathsbeschlusse zugelassen.

Gegen dieses Erkenntniß appellirte die Klägerin theils, weil der ihr auferlegte Beweis überflüssig, theils weil der den Verklagten nachgelassene Beweis unerheblich sey. Letztere legten bei der Verhandlung der Sache, während des Vortrages des appellantischen Anwaltes zur Rechtfertigung der Berufung,

die Inzident-Berufung ein und stellten als Beschwerden auf, daß die Klage nicht wegen mangelnder Passiv-Legitimation der Inzident-Appellanten zur Sache oder doch auf Grund des Präfecturraths-Beschlusses sofort abgewiesen worden sey. Der weitere Inhalt der Verhandlung ist aus folgendem, theilweise reformatorischem Urtheile ersichtlich:

J. E. hinsichtlich der Inzident-Berufung, die Zulässigkeit der Klage und eventuell die Erheblichkeit der auferlegten Beweise betreffend: daß der Inzidentberufung die Einrede der Unannehmbarkeit zuförderst entgegengesetzt worden ist;

Daß die Appellaten bei Stellung der Qualitäten am 10. August 1837 neben dem Antrage auf Verwerfung der Berufung gleichzeitig alle ferneren Anträge sich vorbehalten, somit demjenigen auf eine Abänderung des Erkenntnisses wovon zu ihren Gunsten nicht entsagt haben;

Daß die Inzident-Berufung von ihrem Anwalte in der Sitzung vom 7. Dezember 1838 vor seiner Vertheidigung gegen die Hauptberufung, also vor Beendigung der ordentlichen Verhandlungen gemäß Art. 443 der B. P. O. eingelegt worden ist; daß demnach die vorgebrachten Gründe ihrer Unannehmbarkeit unhaltbar sind.

J. E., daß die durch Ladung vom 11. Juni 1836 erhobene Klage in der Hauptsache wörtlich dahin gerichtet ist: „sich verurtheilen zu hören, als Besitzer und Bewohner des Entenpfuhler Hofes sich aller und jeder Nutzungsrechte in dem herrschaftlichen sogenannten gemeinen Sonnwalde zu enthalten, und erkennen zu hören, daß dem Entenpfuhler Hofe kein Nutzungs-Recht in dem erwähnten Sonnwalde zustehe;"

Daß diese Klage jegliches Recht der Appellaten zu einem Eingriffe in die Benutzung des Sonnwaldes verneint und zunächst auf die Freiheit des appellantischen Eigenthums an diesem gestützt worden ist, mithin eine eigentliche Negatorien-Klage darstellt, für deren Zuläßigkeit es gleichgültig ist, auf welch' angebliches Recht der Verklagte jene faktischen Eingriffe baue;

Daß den Appellaten namentlich sowohl in ihrer Eigenschaft als Bewohnern, wie als Besitzern des Entenpfuhler Hofes die fraglichen Gerechtsame bestritten werden, also auch grade diejenigen, welche sie als Mitglieder der Gemeinde Eckweiler vermöge ihres Wohnsitzes behaupten;

Daß aber von der Appellantin nicht sowohl in Abrede gestellt wird, die Gemeinde Eckweiler habe die fraglichen Gerechtsame, als ihre Behauptung dahin geht, die Appellaten seyen nicht Mitglieder der berechtigten Gemeinde Eckweiler;

Daß hiernach die Appellaten, und nicht die Gemeinde Eckweiler, allerdings die rechten Verklagten sind und die Einrede der mangelnden Passiv-Legitimation sofort zerfällt.

J. E., daß die Appellaten durch keinen andern Titel ihre streitigen Gerechtsame darzuthun vermocht haben, als durch den, zum Vortheile der Gemeinden des vormals Markgräflich Badischen Amtes Winterburg einschließlich der Gemeinde Eckweiler ergangenen und gehörig bestätigten Präfecturraths-Beschluß vom 26. Nivose XIII.;

Daß dieser Beschluß nach seiner Entscheidung und ihren Gründen die darin benannten Gemeinden ausdrücklich nur in den vor der Französischen Occupation schon genossenen Waldgerechtsamen nach ihrem damaligen Umfange handhabt, gegen eine Ausdehnung des letztern sich aber bestimmt verwahrt;

Daß also die Beweis-Auflage an die Inzident-Appellatin über die von ihr angeführte Thatsache, der Entenpfuler Hof habe vor der Französischen Occupation keinen Theil der Gemeinde Eckweiler gebildet, keine Beschwerde für die Inzident-Appellantin enthält.

J. E. zur Hauptberufung: daß die eben erwähnte Beweis-Auflage durch die Angabe der Appellantin, daß der Entenpfuhler Hof auf kurpfälzischem Territorium gelegen war, um so weniger genügend erfüllt scheinen kann, als diese Angabe selbst noch zu keiner Gewißheit für das Richteramt erhoben ist und ein Gemeinde-Verband zwischen einem kurpfälzischen Hofe und einem Badischen Dorfe an der Grenze der vordern und hintern Grafschaft Sponheim theils vermöge der speziellen Geschichte dieser Grafschaft, theils vermöge der Geschichte der Gemeinden unter der deutschen Reichsverfassung überhaupt wohl möglich war, wie denn auch die fraglichen Realrechte grade Badischen Gemeinden in dem vormals zum Oberamte Kreutznach gehörigen, d. h. kurpfälzischen Theile des Sonnwaldes nach gedachtem Präfecturraths-Beschlusse zugestanden haben;

Daß die Erwirkung des Letztern die in den Gesetzen v. 28. Ventose J. XI. und 14. Ventose J. XII. angedrohte Präclusion der Appellaten mit ihren vorliegenden Ansprü-

chen beseitigte, insofern sie bei jener als Gemeinde-Glieder concurrirten und diese auf ihr Recht als solche gründen.

J. E., daß die Appellantin sich ferner über die Zulassung der Appellaten zum Beweise eines dreißigjährigen Besitzes der streitigen Waldnutzungen seit dem Erlasse des mehrgenannten Präfecturraths-Beschlusses beschwert;

Daß nach Art. 691 des B. G. B. unterbrochene Dienstbarkeiten nicht mehr durch Ersitzung erworben werden können;

Daß Waldgerechtsame, wie die streitigen Nutzungsrechte der Bewohner des Entenpfuler Hofes in dem herrschaftlichen Sonnwalde, unter den im Art. 637 und 688 des B. G. B. enthaltenen Begriff unterbrochener Real-Dienstbarkeiten fallen, und die damit verbundene Theilnahme an dem Genuße der Erzeugnisse des belasteten Grundstückes diese ihre rechtliche Natur nicht zu ändern vermag;

Daß auch der Art. 636 des B. G. B. dieser Annahme nicht entgegensteht;

Daß nämlich einmal seine Stellung in dem Titel von den persönlichen Servituten durch die Verschiedenartigkeit der Waldgerechtsame, welche allerdings bald Jemanden persönlich zustehen, bald zum Vortheile gewisser Realitäten constituirt sind, veranlaßt worden ist, ohne eben darum dem Schluß Raum zu geben, als müßten nun auch letztere Kraft dieses Artikels ihre Natur ablegen, weil derselbe sich nicht im vierten Titel, „von den Grund-Dienstbarkeiten," wiederholt fände;

Daß sodann weder der besagte Art. 636, noch die darin angerufenen besonderen Gesetze, namentlich die Ordonnanz von 1669, und eben so der für Frankreich erschienene Code forestier vom 21. Mai 1827, irgend Etwas über den Rechtsbegriff und die Begründung der Waldnutzungen bestimmen, sondern nur die Art und den Umfang derselben nach der Weise der dem Art. 636 nächst vorhergehenden Bestimmungen zum Gegenstande haben;

Daß daher als Zweck des Art. 636 die Sanction einer besondern Gattung von Rechten, die einige Rechtslehrer mit dem Namen von Mit-Eigenthumsrechten gemischten Servituten belegen und demnach im Art. 526 des B. G. B. übersehen sein würden, eben so wenig angenommen werden kann, wie die Subsumtion aller nutzbaren Wald-Dienstbarkeiten ohne Unterschied ihres Subjektes unter die persönlichen Dienstbarkeiten;

Daß vielmehr nach wie vor der Einführung des B. G. B. dieselben gemäß ihren rechtlich wesentlichen Merkmalen zu einer der im ausgebildeten Rechtssysteme anerkannten Klassen von Rechten gezählt und demnach, wie oben erwähnt, die Waldgerechtsame, welche zum Vortheile eines Grundstückes, wie des Entenpfuhler Hofes oder der Feuerstellen einer Gemeinde bestehen, für unterbrochene Grunddienstbarkeiten gehalten werden müssen;

Daß der Art. 688 des B. G. B. selbst von diesem Satze eine Anwendung macht, indem darin die Hütungsgerechtigkeit als Beispiel einer servitus discontinua genannt und „anderen ähnlichen" der nämliche Charakter beigelegt wird;

Daß die Beziehung dieser Schlußworte des Artikels, et autres semblables, auf andere, insbesondere die fraglichen Waldnutzungen unbedenklich erscheint, wenn man die stete Zusammenstellung derselben in der ältern Gesetzgebung und Jurisprudenz, gleichwie noch in dem Gesetze vom 28. Ventose XI. betrachtet;

Daß nach allem diesem das landgerichtliche Erkenntniß, insoweit als es den Beweis der dreißigjährigen Verjährung der streitigen Waldgerechtsame den Appellaten nachgelassen hat, der Reformation unterliegt;

Daß übrigens die Anwendung des Tit. 21 des Kurpfälzischen Landrechtes, dessen Autorität sich über den im Oberamte Kreutznach gelegenen Theil des Sonnwaldes erstreckte, zu dem nämlichen Resultate führen würde.

Aus diesen Gründen

hebt der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof das Erkenntniß des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 28. November 1836 insofern auf, als die Appellaten darin zum Beweise zugelassen worden sind, daß sie wenigstens 30 Jahre und namentlich nach dem 26. Nivose J. XIII. die streitigen Gerechtsame als Besitzer des Entenpfuhler Hofes ausgeübt haben; verwirft die Hauptberufung im Uebrigen, so wie die Inzidentberufung als unbegründet; verurtheilt die Appellaten in die Kosten zweiter Instanz, verordnet die Rückgabe der Geldbuße und verweist die Sache zur ferneren Verhandlung an das Königl. Landgericht zu Koblenz zurück.

II. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1838.

Advokaten: Holthoff — Lautz.

Interdiction. — Interrogatorium.

Das Erkenntniß über eine erhobene Interdictionsklage ist nicht auf das bloße Gutachten des Familienrathes, sondern zugleich auf das Interrogatorium des Interdictions-Beklagten zu erlassen *).

D. — P.

D. provozirte gegen seine Tochter P. in einem Alter von 32 Jahren ein Interdictions-Verfahren und artikulirte zu diesem Ende mehre Thatsachen, die auf ein geistiges Irreseyn derselben schließen ließen.

Das Königliche Landgericht zu Koblenz verordnete, auf Grund des Art. 491 des B. G. B., daß ein in gesetzlicher Weise gebildeter Familienrath ein Gutachten über den Zustand der P. abgeben solle.

Demzufolge äußerte sich der Familienrath aber gegen die beantragte Interdiktion. Der Anwalt des Interdiktions-Provokanten aber trug darauf an, in Gemäßheit des Art. 496 des B. G. B. das Interrogatorium der zu Interdizirenden zu verordnen. Durch Urtheil vom 6. August 1838 verwarf das Königl. Landgericht diesen Antrag aus folgenden Gründen:

I. E., daß der Familienrath sein Gutachten einstimmig dahin abgegeben, daß die Verklagte sehr wohl ihrem Vermögen vorzustehen wisse, daß sie sich bis auf die neueste Zeit als ein sehr verständiges, gebildetes Frauenzimmer bewiesen, und daß die Hauptursache ihrer Aufregung nur in einer Furcht liege, die sie gegen ihren Vater, den jetzigen Kläger, hege; daß zudem die Familienraths-Mitglieder der Meinung sind, daß die Fortsetzung des Interdictions-Verfahrens nur einen höchst nachtheiligen Einfluß auf den Gemüths-Zustand äußern würde, und daher mit der größten Behutsamkeit in der gegenwärtigen Sache zu verfahren sey.

I. E., daß nun zwar die der gegenwärtigen Klage zum Grunde gelegten Thatsachen, wenn sie erwiesen würden, allerdings auf einige Störung in den Verstandskräften hindeuten werden; daß indeß bei der sehr bestimmten und gehörig motivirten Meinung des Familienraths jene Zustände

---

*) Vergleiche Sirey 1819. 2. 167.

doch nur als fixe Ideen erscheinen, die eine Interdiction noch keineswegs rechtfertigen; daß daher auch unter diesen Umständen und besonders wegen des zu befürchtenden nachtheiligen Einflusses auf den Gemüths-Zustand der Verklagten von jedem fernern die Interdiction bezweckenden Verfahren abzustehen, und deshalb der Antrag auf Anordnung des Interrogatoriums von der Hand zu weisen ist.

Gegen dieses Urtheil ergriff der Interdictions-Provokant die Berufung, und trug darauf an, das Interrogatorium der Appellatin zu verordnen, Antrag welchen er im wesentlichen darauf stützte, das er sagte; aus der ganzen Fassung des Art. 496 des B. G. B. und des Art. 893 der B. P. O. geht nuzweideutig hervor, daß das Familienraths-Gutachten und Interrogatorium cumulative statt haben müssen, bevor das Gericht über den Grund oder Ungrund der Interdictionsklage selbst erkennen kann. Dadurch daß der Judex a quo sich mit dem ersten der beiden Instructionsmittel begnügte, und auf diese mangelhafte Instruction hin die Interdiktionsklage als unbegründet zurückwies, hat derselbe daher obige beide Artikel gradezu verletzt.

Der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof erkannte hierauf folgendermaßen:

J. E., daß die Appellatin keinen Anwalt bestellt hat, obgleich die Frist hierzu längst abgelaufen, daß mithin in contumatiam gegen dieselbe zu verfahren und zu untersuchen ist, ob die eingelegte Berufung gerechtfertigt erscheint.

J. E., daß die in dem Art. 496 des B. G. B. und Art. 893 der B. P. O. in Beziehung auf das mit dem Individuum, dessen Interdiktion provocirt wird, vorzunehmende Interrogatorium enthaltene Vorschrift streng imperativ ist;

Daß das Gesetz nirgends die Statthaftigkeit des Interrogatoriums von dem Ergebniß der durch den Familienrath ausgesprochenen Meinung abhängig gemacht hat, und daher dem Richter nicht gestattet ist, unter irgend einem Vorwande ein zur Bildung der richterlichen Ueberzeugung so vorzügliches Mittel unversucht zu lassen;

Daß im vorliegenden Falle in der Verschiedenheit der Ansicht des Familienraths mit Jener, welche die Aerzte nach Pflicht und Gewissen, und einige vor der Polizeibehörde zu Mainz vernommenen Individuen über den Geistes-Zustand der Appellatin ausgesprochen haben, noch eine besondere Auf-

forderung lag, zur Berichtigung dieser Widersprüche und zur Aufklärung der Wahrheit, das ohnehin unbedingt vorgeschriebene Interrogatorium zu verordnen.

Aus diesen Gründen

reformirt der Königl. Rhein. Appellations-Gerichtshof in contumatiam der Appellatin das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Koblenz vom 6. August dieses Jahrs, und statt dessen zu Recht erkennend, verordnet derselbe (nach vorhergegangener Zustellung des Familienraths-Beschlusses) vom 21. Juli, so wie der Bittschrift vom 26. Juli dieses J. an die Appellatin, wenn anderst diese Zustellung nicht schon geschehen, daß mit der Appellatin das gesetzliche Interrogatorium vorzunehmen seye, verweiset zu diesem Ende, so wie zum fernern Verfahren und zur Entscheidung die Partheien vor das genannte Landgericht zurück, die Kosten der Appellations-Instanz gegeneinander aufhebend und die Rückerstattung der Geldbuße verordnend, beauftragt endlich den Gerichtsvollzieher Ferdinand Kurtz zu Koblenz mit der Zustellung gegenwärtigen Urtheils an die Appellatin.

II. Senat. Sitzung vom 20. Dezember 1838.

Advokat: Holthoff.

Natürliche Kinder. — Anerkennung. — Civilstands-Beamter.

Ist die von einem Civilstands-Beamten auf ein fliegendes Blatt aufgenommene Urkunde über Anerkennung eines natürlichen Kindes nichtig?

Erben Berg — Kurz.

Elisabeth Hupperz zu Gereonsweiler, Wittwe von Peter Römer, Mutter zweier mit Letzterem gezielten ehelichen Kinder, gebar in ihrem Wittwenstande zwei uneheliche Kinder, namentlich Anna Catharina, geboren den 5. Frukt. J. XI. und Maria Sibilla, geboren den 3. Vendem. Jahres XIV.

Im Geburtsakt der Ersteren ist von Vaterschaft keine Rede; in dem der Letztern wird gesagt, der Akt sey auf Anstehen des Joh. Werner Berg aufgenommen worden, welcher erklärt habe, Vater des Kindes zu seyn; der Akt ist aber weder von dem Erklärenden, noch von den Zeugen unterschrieben.

Die Elisabeth Hupperz heirathete im Februar 1806 den Johann Werner Berg.

Am 30. März 1812 erklärte Johann Werner Berg auf dem Krankenbette vor dem Bürgermeister von Gereonsweiler und zwei Zeugen, daß er die oben genannten beiden außerehelichen Kinder für die seinigen anerkenne.

Der Akt ist nicht in die Civilstands-Register eingetragen, sondern auf ein fliegendes Blatt niedergeschrieben.

Johann Werner Berg starb am 1. April 1812 und die Elisabeth Hupperz am 5. Dezember 1829, nachdem ihre außereheliche Tochter Maria Sibilla bereits im Jahr 1828 unverehelicht mit Tode abgegangen war.

Die Anna Catharina Hupperz, welche mit Franz Görz verheirathet war, starb im Jahr 1835 ohne Deszendenz.

Es waren nun die ehelichen Kinder der Elisabeth Hupperz, namentlich Mathias Römer und Anna Catharina Römer, Ehefrau von Gabriel Kurz, sodann Franz Görz, Wittwer von Anna Catharina Hupperz, im Besitz des Johann Werner Berg'schen Nachlasses.

Gegen diese traten die Seiten-Verwandten des Johann Werner Berg auf und klagten auf Herausgabe des Nachlasses, indem sie behaupteten, daß die genannten außerehelichen Kinder der Elisabeth Hupperz dem Joh. Wern. Berg ganz fremd gewesen, folglich auch den Verklagten kein Recht auf dessen Nachlaß hätten transmittiren können.

Durch das vom Königl. Landgericht zu Köln am 12. August 1837 gegen die Verklagten ergangene Contumazial-Urtheil wurde verordnet: daß zwischen den Klägern als Collateralerben und den Beklagten als Rechtsnachfolgern der anerkannten natürlichen Kinder des gemeinschaftlichen Erblassers Johann Werner Berg zur Theilung von dessen Hinlassenschaft geschritten werden solle.

Die Erwägungsgründe dieses Urtheils sind folgende:

J. E., daß der Qualification der Kläger als Geschwister, Geschwister-Kinder und Geschwister-Enkel des Johann Werner Berg nicht widersprochen ist, und ihnen, bis dies geschehen, allerdings ein Recht auf dessen Hinterlassenschaft zusteht, so lange nicht der Beweis, daß Johann Werner Berg durch Deszendenten beerbt worden, erbracht ist.

J. E., daß nun Kläger diese letztere Eigenschaft den angeblichen Rechtsvorgängern der Beklagten, namentlich den

von der Elisabeth Hupperz den 5. Fructidor J. XI. resp. 3. Vend. J. XIV. gebornen Kindern Anna Catharina und Maria Sibilla ausdrücklich bestreiten, dieselben weder als Kinder, die durch die nachherige Ehe des Johann Werner Berg mit der Elisabeth Hupperz legitimirt worden seyen, noch auch als bloß anerkannte natürliche Kinder des Johann Werner Berg angesehen, sondern lediglich als uneheliche Kinder der Elisabeth Hupperz von unbekanntem Vater erzeugt, betrachtet wissen wollen.

J. E., daß nun in Prüfung dieser Behauptungen unter Zugrundelegung der verschiedenen klägerischer Seits produzirten Civilstands-Urkunden, von einer Legitimation der beiden genannten, von der Elisabeth Hupperz gebornen Töchter Anna Catharina und Maria Sibilla durch nachfolgende Ehe mit Johann Werner Berg nur alsdann die Rede seyn könnte, wenn dieselben von Letzterm entweder in der Heirathsurkunde oder vor der Heirath anerkannt worden wären; daß nun ersteres gar nicht behauptet worden, für den letztern Theil der Alternative zwar, so viel die Maria Sibilla betrifft, deren Geburts-Urkunde vom 3. Vendemiaire J. XIV. spricht, worin es heißt, daß diese Urkunde aufgenommen sey sur la requisition faite par Werner Berg, declarant être pére du dit enfant, daß nun aber, obwohl im Verfolge gesagt wird, daß von den Comparenten die Urkunde nach vorheriger Vorlesung unterzeichnet worden sey, sich weder die Unterschrift der zugezogenen Zeugen, noch die des deklarirenden Vaters Joh. Werner Berg unter der Urkunde befindet, dem Akte mithin die nothwendigste Garantie einer stattgehabten Anerkennung mangelt, und dies um so mehr, als aus andern Urkunden sich ergibt, daß Johann Werner Berg wirklich schreibens erfahren war;

Daß hiernach nur noch zu entscheiden bleibt, ob die mehrgenannten Töchter der Elisabeth Hupperz, wenn auch nicht als legitimirte, doch wenigstens als anerkannte uneheliche Kinder des Johann Werner Berg zu betrachten sind.

J. E., daß nun in dieser Beziehung von den Klägern ein, von dem Maire von Edern den 30. März 1812 am Krankenbette des Johann Werner Berg zwei Tage vor dessen Tode aufgenommener Akt producirt wurde, worin Berg an Eidesstatt erklärt, daß er der Vater der beiden von der Elisabeth Hupperz in deren Wittwenstande gebornen Kinder

sey, unter dem Hinzufügen, daß er um die Eintragung dieser Erklärung in die Geburtsregister bitte, was denn auch rücksichtlich der Anna Catharina Hupperz durch einen Zusatz zu deren Geburtsurkunde wirklich erfolgt, rücksichtlich der Maria Sibilla Hupperz aber wahrscheinlich deshalb unterblieben ist, weil in dem Geburtsakte derselben, wie bereits oben erwähnt, schon eine, wenn gleich wegen mangelnder Unterschrift richtige Anerkennung enthalten war.

J. E., daß Kläger diesem Akte vom 30. März 1812 alle Kraft aus doppeltem Grunde absprechen, einmal, weil die Anerkennung nur in einem notariellen Akte geschehen könne, und zum andern, weil abgesehen hiervon, die Urschrift des fraglichen Aktes offenbar auf ein fliegendes Blatt geschrieben, zudem auch die Profession der dabei adhibirten Zeugen nicht angegeben sey.

J. E. aber, daß was die erste Behauptung betrifft, der Art. 334 des B. G. B. zur gültigen Anerkennung nicht speciell einem notariellen sondern im Allgemeinen einen authentischen Akt erfordert, ein solcher aber hier vorliegt, indem nicht bezweifelt werden kann, daß der Maire, der ipso jure auch Civilstandsbeamter ist, gerade die geeignetste und competenteste Person zur Aufnahme einer Urkunde ist, die dem Civilstand eines Individuums auf das Wesentlichste berührt, wie denn auch dies nie bestritten, und nur die Frage bei den Gerichten häufig zur Entscheidung gebracht worden ist, in wiefern auch andere Beamte z. B. Friedensgerichtsschreiber auf eine authentische Weise solche Anerkennungen constatiren können.

J. E. daß, was die andere Ausstellungen anbelangt, der Umstand, daß die Urschrift des fraglichen Aktes nicht in die Geburtsregister eingetragen, sondern sur papier volant aufgenommen ist, den Akt selbst nicht vitiirt, sondern höchstens nur dem Civilstands-Beamten eine Verantwortlichkeit auflabet; daß auch ebenso die unterlassene Angabe des Gewerbes der Zeugen disziplinarisch gerügt, die Civilstandsurkunde selbst aber dadurch nicht annullirt werden kann, da die Nichtbeobachtung der gesetzlichen Vorschriften über die Aufnahme der Civilstands-Urkunden nicht absolut mit der Strafe der Nichtigkeit bedroht, vielmehr dem richterlichen Ermessen nach Lage jedes einzelnen Falles die Entscheidung anheim gegeben ist;

J. E., daß wenn hiernach die Anna Catharina und die Maria Sibilla Hupperz als anerkannte uneheliche Kinder des Johann Werner Berg betrachtet werden müssen, ihnen an der Hinterlassenschaft ihres Vaters diejenigen Rechte zustehen, welche ihnen der Art. 757 des B. G. B. zusichert, im übrigen aber der Nachlaß den heutigen Klägern als Collateralerben zuerfallen ist, woraus denn die Nothwendigkeit eines Theilungsverfahrens zwischen den Klägern als Collateralerben und den Beklagten als angeblichen Successoren der unehelichen Deszendenz des gemeinschaftlichen Erblassers von selbst sich ergibt, und in diesem vor allem zur Bildung der Masse und zur Regulirung der die Größe der Erbquoten die einzelnen Berechtigten betreffenden Ansprüche zu schreiten ist.

Gegen dieses Urtheil legten die Verklagten Opposition ein, welche durch contradictorisches Urtheil vom 22. Februar 1838 verworfen wurde.

Die Kläger appellirten von beiden Urtheilen; die Beklagten appellirten incidenter von dem ersten, worauf erfolgte nachstehendes

Urtheil:

J. E., daß durch die Urtheile wovon zu Recht erkannt worden, daß die am 5. Fruct. Jahres XI. resp. 3. Vend. J. XIV. von der damals im Wittwenstande lebenden Elisabeth Hupperz geborenen außerehlichen Kinder, namentlich Anna Catharina und Maria Sibilla zwar nicht als durch die am 5. Februar 1806 zwischen der Elisabeth Hupperz und dem Johann Werner Berg geschlossene Ehe legitimirte, wohl aber als während der Ehe von letzterem anerkannte natürliche Kinder desselben zu betrachten seyen, und daher den Appellaten als Rechtsnachfolgern jener Kinder ein Antheil an dem Nachlaß des Johann Werner Berg anerfallen sey;

Daß beide Partheien sich gegen diese Entscheidung beschweren, und zwar die Kläger und Haupt-Appellanten aus dem Grunde, weil den beiden Kindern Hupperz nicht auch die Qualität anerkannter natürlicher Kinder abgesprochen worden; die Verklagten und Inzident-Appellanten, weil die gedachten Kinder nicht für legitimirt erklärt worden.

J. E., daß die Haupt-Appellanten darauf angetragen haben, die Inzidentberufung als unannehmbar zu verwerfen, weil sie, Hauptappellanten gegen das Urtheil vom 22.

Februar 1838, wovon incidenter appellirt worden, nicht garvaminiren;

Daß aber laut der Berufungs-Akten vom 25. und 26. Mai 1838 die Hauptberufung ausdrücklich auch gegen das Urtheil vom 22. Februar 1838 gerichtet ist, sohin die Appellaten befugt waren, von diesem Urtheile incidenter zu appelliren und die einmal von ihnen angemeldete Inzident-Berufung dadurch nicht rückgängig gemacht werden konnte, daß die Hauptappellanten in ihren Anträgen des gedachten Urtheils nicht erwähnen, und bei den Verhandlungen erklärt haben, sich dagegen nicht zu beschweren.

J. E. was der Gegenstand der Inzidentberufung betrifft, daß in dem Erkenntniß a quo gnügend ausgeführt worden, daß in Folge der produzirten Urkunden die genannten außerehlichen Kinder der Elisabeth Hupperz als durch die Ehe der letztern mit dem Johann Werner Berg legitimirte Kinder nicht angesehen werden können.

J. E. auf den Subsidiar-Antrag der Inzident-Appellanten, daß es als unbestrittene Thatsache feststeht, daß die Maria Sibilla von der Elisabeth Hupperz vor deren Ehe mit Johann Werner Berg geboren ist, folglich für dieselbe nicht die Eigenschaft eines ehelich gebornen, sondern nur die eines durch nachfolgende Ehe legitimirten Kindes in Anspruch genommen werden kann;

Daß aber natürliche Kinder, deren Eltern sich miteinander ehelichen, nur die Eigenschaft legitimirter Kinder Kraft des Besitzes erlangen, da der Art. 331 des B. G. B. zur Legitimation unbedingt erfordert, daß das natürliche Kind entweder in der Heiraths-Urkunde anerkannt werde, oder daß vor der Heirath eine gesetzliche Anerkennung d. h. eine Anerkennung nach Vorschrift des Artikels 334 Statt gefunden habe.

J. E. zur Haupt-Berufung, daß es hier auf die Rechtsbeständigkeit des von dem Maire zu Gereonsweiler am 30. März 1812 aufgenommen und auf ein fliegendes Blatt niedergeschriebenen Anerkennungs-Akt ankommt.

J. E., daß die Appellanten zuvörderst behauptet haben, der Civilstands-Beamte habe keine Qualität dergleichen Anerkennungs-Akten anders als in den Geburts-Akten aufzunehmen, daß aber dieser Behauptung der Art. 62 des bürgerlichen Gesetzbuchs geradezu widerspricht; daß nach der Be-

stimmung dieses Artikels die Befugniß die Urkunden über die Anerkennung natürlicher Kinder aufzunehmen den Civilstandsbeamten ausschließlich zustehen würde, wenn nicht der Art. 334 verfügte, daß solche Anerkennung durch jeden authentischen Akt geschehen könne;

Daß der fragliche Anerkennungs-Akt alle wesentlichen Charaktere der Authentizität an sich trägt, da derselbe von einem zur Aufnahme qualifizirten Beamten in Gegenwart von Zeugen aufgenommen, von dem Beamten und den Zeugen unterschrieben worden und darin die Ursache angegeben wird, warum der Erklärende nicht unterschrieben habe;

Daß zwar der Art. 62 des B. G. B. dem Civilstands-Beamten vorschreibt, die Anerkennungs-Akten in die Register einzutragen; daß aber, wie auch der erste Richter bemerkt, die Nichtbeobachtung dieser Vorschrift den Akt selbst nicht als nichtig zerstört, wohl aber den Civilstands-Beamten einer gesetzlichen Ahndung unterwerfen kann, wie dieses sich aus den über den Titel 2 des ersten Buches des bürgerlichen Gesetzbuches statt gehabten staatsräthlichen Discussionen und aus dem Art. 52 des B. G. B. ergiebt.

Aus diesen und den vom ersten Richter aufgestellten Gründen

verwirft der Königl. Rh. Appellations-Gerichtshof die gegen die Urtheile des Königl. Landgerichts zu Aachen v. 12. August 1837 und 22. Februar 1838 eingelegte Hauptberufung, erklärt die gegen letzteres Urtheil eingelegte Inzidentberufung zwar für zulässig, verwirft dieselbe jedoch als ungegründet.

I. Senat. Sitzung vom 24. Dezember 1838.

Advokaten: Stupp — Bauerband.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

von

G. Sandt,
Königl. Preuß. Erster General-Advokat und Geheimer Justizrath.

Siebenundzwanzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1838.

Archiv

für

das Civil- und Criminal-Recht

der

Königl. Preuß. Rheinprovinzen.

Herausgegeben

von

G. Sandt,
Königl. Preuß. Erster General-Advokat und Geheimer Justizrath.

Neue Folge
Zwanzigster Band.

Zweite Abtheilung.

Köln am Rhein,
Druck und Verlag von Peter Schmitz.
1838.

Inhalt.

Zweite Abtheilung.

A. Rechtsentscheidungen des Revisions- und Cassationshofes.

B. Rechtswissenschaft.

Berichtigungen.

Seite 53 Zeile 10 v. oben lies Forst — Lützeler statt Lützeler — Forst.

Der zuerst stehende Name betrifft stets denjenigen Advokaten, welcher für den Appellanten aufgetreten ist.

Seite 272 Zeile 4 von unten lies Gegenstandes statt Gegenbeweises.

Zweite Abtheilung

A.

Rechtsentscheidungen des Revisions- und Cassationshofes.

Exigibilität. — Kompensation.

Die Gegenforderung ist kompensabel, wenn stipulirt worden, daß, im Falle der Schuldner derselben in der Zinsenzahlung säumig würde, das Kapital sofort einforderbar seyn soll; oder, wenn die Gegenforderung wegen Vermögens-Verfall des Schuldners oder wegen verminderter Sicherheit fällig geworden.

Diese Gegenforderung ist exigibel, und die Kompensation tritt ipso jure ein, wenn gleich der Schuldner unterlassen hat, jene Gegenforderung ausdrücklich zurückzufordern oder auf irgend eine andere Weise gegen den Gläubiger geltend zu machen.

Fink — Bartels.

Die Geschichte des Rechtsstreites und die darin ergangenen Urtheile zwischen den vorgenannten Parteien sind in diesem Archive Bd. XXIV. S. 121 zu lesen.

Gegen das dort angeführte Urtheil des Appellations-Gerichtshofes ergriff Fink den Cassationsrekurs.

In der eingereichten Schrift werden folgende Nichtigkeiten behauptet:

1) Verletzung der Art. 1290, 1291. 1299, 1188 des B. G. B.

Allerdings sey im gegenwärtigen Falle von derjenigen Kompensation die Rede, welche nach Art. 1290 ipso jure eintreten soll, wenn nämlich die beiderseitigen Forderungen gleich liquide und exigibel sind, d. h. wenn sie feststehen, und zu einer Zeit eingefordert werden können. Eine vorgängige Erklärung, daß man von Kompensation Gebrauch machen wolle, sey um so weniger nöthig, als dieselbe nach Art. 1290 ohne Wissen des Schuldners eintrete. Er sey in den Willen eines jeden Schuldners gestellt, ob er sich durch Kompensation schützen wolle oder nicht, sie trete niemals wider Willen des Schuldners ein; eben deshalb erscheine aber auch der vom Appellhofe gemachte Unterschied zwischen einer Kompensation, Kraft des Gesetzes und einer bloßen Befugniß zur Kompensation, welche nur dann Wirkung hätte, wenn man zuvor erklärt habe, davon Gebrauch machen zu wollen, ganz unstatthaft.

Der Appellations-Gerichtshof habe nun seinerseits den faktischen Voraussetzungen der Exigibilität, welche der Richter erster Instanz für vorhanden angenommen habe, obgleich die dem Cassationskläger cedirten

Kapitalforderungen auf halbjährige Kündigung standen, in Nichts widersprechen.

Zur Zeit des Zuschlages, am 22. Mai 1828, hätte der Cassationskläger von den drei, ihm cedirten Forderungen an die Geschwister Plücker fast zweijährige Zinsen, 137 Rthlr. zu fordern gehabt.

Nicht minder sey der Vermögensverfall der Geschwister Plücker klar gewesen, da sie es wegen einer Kostenforderung von 109 Rthlr. zur Versteigerung des Hauses hätten kommen lassen.

Indem sie endlich die Kaufgelder desselben durch Act vom 26. Mai 1828 der Wwe. Feldhoff zuzuwenden gesucht hätten, sey zugleich dem Cassationskläger die bestellte Sicherheit entzogen, und er in die Gefahr gesetzt worden, seine Forderung zu verlieren.

Demnach hätten in Gemäßheit des Art. 1188 die Geschwister Plücker die stipulirte Kündigungsfrist in Betreff der Kapitalien nicht mehr in Anspruch nehmen können. Gleiches müsse aber auch dem Cessionar des Schuldners gegenüber gelten.

Der vom Appellationsgerichtshofe in Bezug genommenene Art. 1299 sey sehr mit Unrecht gebraucht, besonders falsch sey die daran geknüpfte Schlußfolgerung, daß in Fällen, wie der gegenwärtige, die Kompensation weder zum Vortheil noch zum Nachtheil eines Dritten ohne Weiteres als eingetreten angesehen werden könne. Denn der Cassationsbeklagte sey als Cessionar und ayant cause der Geschwister Plücker gar kein Dritter. Der citirte Artikel bestätige übrigens sogar, daß die Kompensation überall nur eine gesetzliche Befugniß, eine Einrede sey, wovon man Gebrauch machen könne oder nicht: und nur, wenn man dies zum Nachtheil Dritter unterlasse, solle man gegen diesen die der Forderung anklebenden Privilegien und Hypotheken nicht geltend machen können. Der Cassationskläger habe nun seinerseits den Geschwistern Plücker nichts ausgezahlt, sondern in der Absicht zu kompensiren das zu Zahlende an sich behalten.

Eventuell, auch wenn wegen der Kapitalforderungen des Cassationsklägers das Daseyn der Exigibilität mit Recht zu bezweifeln gewesen wäre, hätte der Appellationshof wenigstens den Zinsenrückstand der Plücker'schen Geschwister in Kompensation zulassen müssen, und da er dies nicht gethan, die Art. 1290 und 1291 verletzt.

2) Verletzung der Art. 1689 und 1690 des B. G. B.

Es habe nämlich der Appellations-Richter mit dem Richter erster Instanz angenommen, daß die Geschwister Plücker durch den Act vom 26 Juli 1828 zwar nicht mehr ihre Rechte aus dem Versatz-Vertrage von 1769 an dem verkauften Hause an die Wittwe Feldhoff hätten übertragen können, wohl aber den Anspruch auf die ihnen noch zukommenden rückständigen Kaufgelder übertragen hätten. Dies sey indeß eine ganz unzulässige Aufstellung des Appellationsrichters. Es handle sich hier nicht von der Auslegung eines Vertrages zwischen den Contrahenten, wobei die Intention derselben entscheidend seyn könne, sondern von der Wirkung derselben gegen dritte Personen. In Ansehung dieser komme es nicht darauf an, was die Contrahenten hätten thun wollen, sondern was sie wirklich gethan hätten. Da nun nach den angeführten Artikeln eine Cession bloß durch Aushändigung des Forderungstitels zwischen dem Cedenten und Cessionar vor sich gehe, die Geschwister Plücker aber dem Cassationsbeklagten bloß den Pacht- und Pfandschaftvertrag von 1769 übergeben hätten, so seyen den Letzteren auch nur die hieraus hervorge-

henden Rechte cedirt, und nicht die aus dem am 22. Mai 1828 vollzogenen Zwangs-Verkauf sich ergebenden; wenigstens sey dem Cassationskläger ein Uebertrag der letztern niemals zugestellt worden, wie nach Art. 1690 hätte geschehen müssen.

Eben wenig dürfe angenommen werden, daß die Kaufgelder ipso jure an die Stelle des Hauses, oder der den Geschwistern Plücker daran zustehenden Rechte getreten wären. Der Kaufpreis trete im Allgemeinen nicht an die Stelle der gekauften Sache.

3) Verletzung der Art. 2118 und 2125 des B. G. B.

Schon in erster Instanz habe der Cassationskläger sich darauf berufen, daß jene Forderungen an die Plücker'schen Erben auf dem subhastirten Hause inscribirt seyen, und deshalb eine vorzugsweise Befriedigung vor dem Cassationsverklagten aus den Kaufgeldern in Anspruch genommen.

Beide bisherige Instanzrichter hätten indeß das Hypothekenrecht aberkannt, weil die Erben Plücker nur ein Versatzrecht an dem fraglichen Hause gehabt hätten, dies aber zu den beweglichen Sachen gehöre, folglich kein Gegenstand einer Hypothek seyn könne.

Bei näherer Betrachtung des Pacht- und Pfandschaftvertrages ergebe sich jedoch, daß damit eine wahre, wenn auch durch Reluction des Versatzgebers widerrufliche Eigenthums-Uebertragung bewirkt worden sey und bewirkt werden sollte.

Die Wiedereinlösung sey durch die beigefügten Pacten fast unmöglich gemacht worden; ausdrücklich heiße es auch sub Nro. 2., daß die Pfandnehmer mit dem Hause, als ihrem wahren Eigenthum, schalten und walten möchten.

Jedenfalls würde das dem Johann Plücker von Wuppermann ertheilte Recht an dem Hause ein dingliches Recht, mindestens ein usus-fructus gewesen sey, der nach Art. 2118 gleich andern beschränkten und revocablen Rechten an einem Grundstücke nach Art. 2125 einen hypothekablen Gegenstand bilde.

Durch die Nichtberücksichtigung der hypothekarischen Rechte des Cassationsklägers seyen also die angeführten Artikel selbst verletzt worden.

Es ward angetragen:

> Das Urtheil des Königl. Appellations-Gerichtshofes vom 10. Februar 1836 als nichtig zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen, und in der Sache selbst die Berufung des Cassationsverklagten zu verwerfen, unter Verurtheilung desselben in sämmtliche Kosten.

Von Seiten des Cassationsverklagten ist erst am 23. Mai curr. durch den Herrn Geheime Justizrath Sandt eine Beantwortung des Cassationsgesuchs eingereicht worden.

Gegen das erste Cassationsmittel ward darin erinnert:

Der Appellationsrichter habe nicht zu viel verlangt, wenn er auf Seiten des Cassationsklägers eine Erklärung, von der Kompensation Gebrauch machen zu wollen, für nothwendig erachtet habe. Es sey ein Unterschied zwischen fordern können und der Wirklichkeit einer solchen Forderung. So müßten auch die Folgen der Nichterfüllung eines Contracts ausdrücklich in Anspruch genommen und vom Richter ausgesprochen werden (Art. 1139) derselbe könne dabei Ausstand bewilligen (Artikel 1184) und auch wegen des Eintrits einer Pönalclausel werde richterliches Erkenntniß nöthig (Art 1188). Der Appellationsgerichtshof hätte daher eigentlich nicht bloß eine Erklärung des Cassationsklägers,

sondern sogar ein richterliches Erkenntniß wegen Exigibilität der Forderung verlangen sollen.

Sollte unverhofft cassirt werden müssen, so würde Cassationsbeklagter noch mit seinen vom Appellationsrichter noch nicht erörterten Einreden gegen die Kompensation gehört werden müssen.

Das zweite Cassationsmittel sey vorab etwas ganz Neues, was schon gegen das erste Erkenntniß in appellatorio hätte vorgebracht werden müssen. Jedenfalls sey aber die vom Appellationsrichter deshalb gegebene Erklärung des Geschäfts nicht bloß unter den Contrahenten, sondern auch gegen Dritte anwendbar und unabweislich.

Ebenso stehe dem dritten Cassationsmittel eine vollkommene richtige und in der Cassationsinstanz nicht weiter angreifbare Würdigung des Pfandschaftvertrages und seiner Folgen entgegen.

Es ward demnach angetragen:

> Auf Verwerfung des Cassationsgesuches cum expensis, eventualiter aber, vor Erlassung des Urtheils zur Sache selbst, auf eine besondere Audienz zur nähern Verhandlung der Punkte, worüber sich der Appellationsgerichtshof noch nicht ausgesprochen, oder auch auf Zurückverweisung der Sache an diesen angetragen.

In der öffentlichen Sitzung erstattete der Herr Geheime Oberrevisionsrath Heffter den Vortrag;

Die Herren Geheimer Justizrath Reinhardt und Justizrath Sandt machten ihre gegenseitigen Bemerkungen, jener zur Unterstützung, dieser zur Entkräftung des Cassationsgesuches.

Der Herr General-Prokurator Eichhorn wurde in seinem Antrage gehört, und nach vorheriger Berathschlagung, wurde verkündigt folgendes

Urtheil:

J. E., zum ersten Cassationsmittel:

Daß bei dem Vorhandenseyn liquider Forderungen und Gegenforderungen von derselben Beschaffenheit eine Kompensation in demselben Augenblicke, wo eine neben dem andern fällig geworden ist, von Rechtswegen vor sich geht (Art. 1289 des B. G. B. verglichen mit L. 4 C. de compensationibus).

Daß dagegen das Gesetz nirgends einem Schuldner, der sich im Falle einer Kompensation befindet, die Verbindlichkeit aufgelegt hat, die dazu geeignete Gegenforderung wider die Gläubiger in irgend einer Weise geltend zu machen, oder Zahlung mittelst Kompensation anzubieten; daß es vielmehr die Kompensation sogar bei einer Nichtkenntniß der Parteien von der wahren Lage des beiderseitigen Schuldverhältnisses eintreten läßt;

Daß demnach alles darauf ankam, ob die vom Cassationskläger in Kompensation gebrachten Kapitalforderungen und Zinsenrückstände ganz oder theilweise bis zum 1. Juli 1828 fällig oder einforderbar geworden waren;

Daß nun aber die Forderungen des Cassationsklägers an die Erben Plücker nicht um deswillen für noch unexigibel erachtet werden konnten, weil der Cassationskläger unterlassen habe, diese noch ungekündigte Forderungen wegen angelaufener Zinsenrückstände oder wegen Vermögensverfall oder verminderter Sicherheit ausdrücklich zurückzufordern.

Daß vielmehr nach den hier zur Anwendung geeigneten Art. 1183 und 1188 ein früherer Zahlungstermin schon von Rechtswegen eintritt,

und nicht erst, wie die stillschweigende resolutorische Clausel des Artikels 1184 von einer gerichtlichen oder sonstigen Beanspruchung abhängig gemacht ist;

Daß demnach der Appellationsrichter, indem er es unterließ, das von Cassationskläger behauptete Daseyn der gesetzlichen Voraussetzungen zu einer Rückforderung vor dem Ablauf der Aufkündigungsfrist, zu untersuchen, übrigens auch den vom Cassationskläger behaupteten, bei gehöriger Liquidität offenbar zur Kompensation geeigneten Zinsenrückstand nicht berücksichtigte, die Art. 1289, 1290 und 1299 verletzt resp. falsch angewendet hat.

J. E., daß demzufolge nicht weiter auf die andern Cassationsmittel einzugehen ist.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Erkenntniß des Königl. Appellations-Gerichtshof zu Köln vom 10. Februar 1836, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Erkenntnisses am Rande des Cassirten und die Rückgabe der Succumbenzgelder an den Cassationskläger und verurtheilt den Cassationsbeklagten zu den Kosten, welche mit Einschluß von 15 Sgr. für den Stempel zu der gegenwärtigen Entscheidung, auf 67 Thlr. 24 Sgr. 5 Pf. festgesetzt worden.

J. E. zur Sache selbst:

Daß es nach Lage derselben vornehmlich auf die im Appellations-Urtheil noch nicht festgestellte Liquidität und Exigibilität der vom Cassationskläger gegen die Kaufschillinge in Kompensation gebrachten Forderungen an Kapital und Zinsen ankömmt.

Aus diesen Gründen

verweiset der Königl. Revisions- und Cassationshof die Parteien zur weitern Verhandlung der Sache über die vom Cassationsbeklagten eingelegte Berufung an den ersten Civilsenat des Rh. A. G. H.

Sitzung vom 17. Juni 1837.

Bergwerks-Konzession. — Eigenthumsbeweis. — Bergwerksbetrieb. — Eigenthum. — Bergwerk. — Zertheilung. — Verjährung.

Wird gegen die Ertheilung nachgesuchter Konzession, auf ein Bergwerk aus dem Grunde Einspruch erhoben, weil das Eigenthum daran dem Opponenten zustehe, so sind die Richter nur mit der Frage befaßt, ob dies der Fall und wenn dies nicht, so bedarf es zur Verwerfung des Einspruchs keines Beweises, daß der Konzessionssucher Eigenthümer des Bergwerks sey.

Art. 28 u. 55 des Gesetzes v. 21. April 1810.

Der bloße Betrieb eines Bergwerks, wenn er nicht sonst auf Gründen der Rechtmäßigkeit beruht, zur Zeit der Verkündung des Gesetzes vom 21. April 1810, begründet im Sinne des Artikels nicht ein erworbenes Recht.

Die Bestimmung des Art. 7 des Gesetzes vom 21. April 1810 wodurch der Verkauf eines Bergwerks in Loosen oder die Theilung desselben verboten wird, bezieht sich nur auf Naturalzerstückelung und findet keine Anwendung auf Uebergänge und Ueberträge ideeller Antheile durch Erbfolge oder Cession.

Das Recht des Eigenthümers in seinem Grund und Boden, ein Bergwerk zu betreiben, konnte seit dem Gesetze vom 28. Juli 1791 bis zu demjenigen vom 21. April 1810 durch Verjährung erworben werden.

Seit dem Gesetze vom 21. April 1810 aber findet die zehnjährige Acquisitiv-Verjährung in Ansehung der Bergwerke nicht Statt.

Wamich und Cons. — Stadt und Gemeinde Aachen.

Die Stadt Aachen betrieb in früherer Zeit vor der Besetzung der Rheinprovinz durch die Franzosen das auf ihrer damaligen Bannmeile, jetzt außerhalb ihres städtischen Bezirks in der Bürgermeisterei Würselen gelegene Kohlenwerk, das Teuter- oder Herrenwerk genannt, für ihre eigene Rechnung. Sie hatte zugleich in demselben Gebiet Berechtigungen zum Bergwerksbetrieb an Private verliehen. Sie suchte im Jahre 1826 bei dem Königl. Bergamte zu Düren die Regularisation der städtischen Eigenthumsrechte auf jenes Kohlenwerk, so wie die Ertheilung der erforderlichen Konzession auf das von ihr näher bezeichnete Grubenfeld nach. Gegen dieses Gesuch legten Wamich und Cons. Opposition ein wegen ihrer angeblichen ausschließlichen Berechtigungen. Das Oberbergamt zu Bonn verwies hierauf, gemäß Art. 28 des Gesetzes vom 21. April 1810 jene Einsprüche, als auf Eigenthumsrechte gegründet, zur Entscheidung der Gerichte. Die Stadt Aachen ließ diesemnach im Monat April 1832 die Cassationskläger vor das Landgericht zu Aachen auf Abweisung ihrer An- und Einsprüche gegen das eingeleitete Regularisationsgesuch laden, sie stützte ihren Antrag darauf, daß sie seit unvordenklicher Zeit im Besitze des in ihrem Regularisationsgesuche bezeichneten Steinkohlenfeldes sey und solches exploitirt habe; daß dagegen die von Wamich und Cons. in Anspruch genommenen Konzessionen, so weit sie ertheilt worden, weder dauerhaft, noch beständig oder gültig, sondern nur prekarisch gewesen, und nie ein wirkliches Recht hätten geben können, zudem aber auch längst durch Nichtgebrauch verloren gegangen und erloschen seyen.

Wamich und Cons. bestritten der Stadtgemeinde Aachen jedes Recht, so wie den Besitz des sogenannten Teuterkohlenwerks; sie bestritten ferner, daß ihre eigene Berechtigungen in dem ehemaligen Stadtgebiete von Aachen bloß prekär und widerruflich gewesen seyen, und behaupteten vielmehr, theils durch die ihnen ertheilten Belehnungen, theils als exploitans zur Zeit der Verkündung des Gesetzes vom 21. April 1810 und als frühere Konzessionsucher, so wie endlich durch Verjährung ein ausschließliches Recht auf die fraglichen Kohlenwerke erlangt zu haben. Sie trugen dahin an: ihren Einspruch gegen das Regularisationsgesuch der

Stadt Aachen anzunehmen und sie bei ihren solchergestalt begründeten Rechten zu handhaben.

Mit Würdigung der von beiden Parteien vorgebrachten Urkunden erkannte das Landgericht durch Urtheil vom 23. Januar 1834 für Recht, daß weder die Ansprüche der Stadt, noch jene von Wammich und Conf. auf ausschließliche Berechtigung an den in Rede stehenden Flötzen für rechtlich begründet zu achten und die Kosten zu kompensiren seyen.

Auf die beiderseitige Berufung von diesem Urtheile hob der Rhein. Appellationsgerichtshof durch Urtheil vom 16. März 1835 jenes in so weit auf, als dasselbe die Ansprüche der Stadt Aachen an dem Teuter-Kohlenbergwerke für rechtlich nicht begründet erklärt hatte, bestätigte solches dagegen, in so fern die Ansprüche der Opponenten dadurch für unstatthaft erklärt waren, verwarf den Einspruch der letzteren gegen das von der Stadt eingeleitete Grenzregulirungs- und Concessionsverfahren und verurtheilte dieselben in die Kosten beider Instanzen aus folgenden Grüuden:

Der Einspruch von Wammich und Conf. habe ihr angebliches Eigenthum an einzelnen, im Bereiche des Teuter-Kohlenwerks belegenen Kohlenwerken zum Gegenstande und umfasse nicht die Frage:

„ob die Cassationsverklagte daran ein Eigenthum habe?"

Das Landgericht sey daher mit der Prüfung der Frage nicht befaßt gewesen, ob das Eigenthum der letzteren durch die von den Kaisern Ludwig IV., Carl IV. und Carl V. in den Jahren 1342, 1357 und 1520 in Beziehung auf das Unterirrdische in dem Umfange der vormaligen Aachener Bannmeile ertheilten Privilegien nachgewiesen sey.

Der Einspruch der Opponenten stützte sich im Allgemeinen auf die Behauptung, daß, wie sie auch zu erweisen erboten, sie zur Zeit der Verkündung des Gesetzes vom 21. April 1810 sich in dem Betreiben der fraglichen Bergwerke befunden hätten. Allein der bloße Umstand des Betreibens eines Bergwerks schließe an und für sich noch keineswegs den Beweis des Eigenthums in sich, sondern die Betreiber hätten nach Artikel 53 jenes Gesetzes nur einen Anspruch auf eine, jedoch von der Bergwerksbehörde abhängige, Verleihung des betriebenen Bergwerks; nur diese in gesetzlicher Form bewilligte Concession ertheile nach Art. 7 jenes Gesetzes das Eigenthum. Bis zu dieser Concession stehe den Gerichten keine Entscheidung zu.

Zwar begründeten die Opponenten ihr Eigenthum auf frühere von der Stadt Aachen ausgegangene Verleihungen, namentlich auf die vom 7. Dezember 1751, 30. Oktober 1752, 5. Mai 1753, 12. Januar und 7. Oktober 1754, 16. März 1776, 12. Mai und 18. Oktober 1783.

Allein der Einwand der Opposition, daß die Verleihungen widerruflich gewesen seyen, widerlege sich durch den Art. 51 jenes Gesetzes, welcher die früheren Bergwerksbeliehenen, ohne Unterschied, ob die Verleihungen widerruflich gewesen oder nicht, für unwiderrufliche Eigenthümer erklart habe, allein rücksichtlich keiner einzigen Urkunde erhelle, wie auch die Opposition behaupte, die Identität der darin Beliehenen mit den Opponenten. In Ansehung der Kohlenwerke Mosbach, Schmir, Kirchenley, Herenschlund und Neupumpenwerk hätten die Opponenten nicht einmal behauptet, daß die Ansprüche der ursprünglich Beliehenen von denselben auf sie übertragen worden seyen; vielmehr beschränkten sie sich auf die Behauptung, daß sie die in den fraglichen Verleihungen bezeichneten Flötzen zur Zeit der Verkündung des Gesetzes vom 21. April 1810

betrieben hätten; dieser bloße Betrieb aber reiche, wie schon gesagt, nicht hin.

Die Opponenten bezogen sich weiter auf die notariellen Erwerbungsurkunden vom 6. September 1811, 21. Januar, 16. März u. 18. Oktober 1812 und vom 2. Februar 1813, so wie auf drei andere notarielle Urkunden vom 26. März 1823, Inhalts deren sie von dem Kohlenwerk Mosbach nach und nach die Hälfte und $^{9}/_{18}$, so wie von den Flötzen Schmir, Kirchenley, Herenschlund und Neupumpenwerk $^{1}/_{19}$, $^{1}/_{15}$ und $^{1}/_{3}$ käuflich an sich gebracht hätten. Was jedoch die Flötzen Mosbach und Neupumpenwerk betreffe, so seyen diese zufolge Protokolls vom 18. Mai 1767 nebst der sogenannten Ley von der Stadt Aachen eingezogen und deren anderweitige Verleihung nicht einmal behauptet, vielweniger erwiesen worden. Auch die übrigen durch die Urkunden vom 26. März 1823 verkauften Flötzen Schmir, Kirchenley und Herenschlund hätten auf die Cassationskläger nicht übertragen werden können, weil hierzu eine Ermächtigung der Regierung zufolge Art. 7 des Gesetzes vom 21. April 1810 nicht erfolgt sey.

Was die von den Opponenten vorgeschützte 30jährige Verjährung betreffe, so könne sie, wenn auch der 30jährige von den Cassationsverklagten bestrittene Besitz erwiesen würde, keine erwerbende Verjährung begründen, weil nach dem Gesetze vom 28. Juli 1791 ein Eigenthum an Bergwerken überhaupt nicht Statt gefunden, folglich auch durch Verjährung nicht habe erworben werden können. Seit der Verkündung des Gesetzes vom 21. April 1810 bis zur Anstellung der gegenwärtigen Klage sey aber ein Zeitraum von 30 Jahren nicht verstrichen.

Auch die 10jährige erwerbende Verjährung besonders in Ansehung des Mosbacherwerks, könne aus den angeführten notariellen Urkunden von 1811 — 1813 nicht begründet werden, indem sie ohne vorherige Ermächtigung der Regierung zur Veräußerung keinen Titel bildeten.

Gegen dieses Appellationsurtheil machten Wamich und Consf. durch Herrn Geheimen Justizrath Reinhardt, ihren Anwalt, vier Cassationsmittel geltend:

I) Wegen Verletzung der Art. 28 u. 55 des Gesetzes vom 21. April 1810, in so fern der Rh. Appellationsgerichtshof angenommen, daß nur über die Eigenthumsansprüche der Cassationskläger und nicht über die der Cassationsverklagten zu erkennen gewesen sey. Habe auch die Bergwerksbehörde die Parteien auf den Grund des Art 28 des Gesetzes vom 21. April 1810 vor die Gerichte verwiesen, so folge noch keineswegs, daß dieser Artikel die Verweisung begründe; vielmehr sey es der Art. 55 jenes Gesetzes, der wie im vorliegenden Fall, von zur Zeit der Verkündung jenes Gesetzes bestandenen Bergwerksbetrieben handle, indeß der Art. 28 sich nur auf erst neu und seit jenem Gesetze zu betreibende Bergwerke beziehe, wovon überhaupt die Tit. 3 und 4. desselben zu verstehen seyen. Habe die Cassationsverklagte im Jahre 1826 ihr Regularisationsgesuch bei der Bergwerksbehörde eingereicht, so hätten auch die Cassationskläger ihrerseits im Jahre 1819 ein Aehnliches bei derselben übergeben. Beide Parteien hätten vor und während des Rechtsstreites, jede insbesondere, ihr Eigenthum behauptet, und dieses beweisen müssen. Da die Cassationskläger schon Kraft jenes Gesetzes als Bergwerksbetreiber bei dessen Verkündigung das ihrige nachgewiesen hätten, so wäre es nach Art. 55 u. 56 um so mehr an der Cassationsverklagten gewesen, ihr Eigenthum nachzuweisen; die Instanzgerichte seyen also mit der

Frage hierüber befaßt gewesen; folglich habe der Rh. Appellationsgerichtshof durch eine entgegengesetzte Entscheidung die Art. 28 und 55 verletzt.

Hierauf erwiederte der Herr Justizrath Sandt, Anwalt der Cassationsverklagten:

Die Cassationskläger hätten ihren Einspruch einzig auf das ihnen an dem Teuterkohlenbergwerke zustehende Eigenthum gegründet, wie dies aus ihren eigenen Anträgen hervorgehe. Hierüber zu erkennen, seyen nach Art. 28 nur die Richter kompetent gewesen. Die Verweisung vor die Civilgerichte ändere nichts an der Natur der Klage und an den Parteirollen. Sey der Einspruch nicht gegründet gewesen, weil die Cassationskläger als Opponenten ihr Eigenthum nicht nachgewiesen, so habe es zur Verwerfung des Einspruches keines Beweises des Eigenthums von Seiten der Cassationsverklagten bedurft. Die angeführten Artikel seyen also nicht verletzt.

II) Wegen Verletzung der Art. 7 u. 53 des Gesetzes vom 21. April 1810 und Art. 2 des B. G. B., weil der Rh. A. G. H. den Betrieb des Bergwerks zur Zeit der Verkündung dieses Gesetzes nicht als Beweis des Eigenthums angesehen, vielmehr nach Art. 7 zur Begründung eines solchen eine, in gesetzlicher Form ertheilte Concessionsurkunde verlangt und den Satz aufgestellt habe, daß nach Art. 53 desselben Gesetzes die Betreiber eines Bergwerks nur einen Anspruch auf eine von der Bergbehörde jedoch abhängige Verleihung des betriebenen Bergwerks hätten. Allein der Art. 7 spreche nur von künftigen Erwerbungen und nicht von vergangenen. Dies bewiesen schon die Worte des Art. 28: Si l'opposition est motivée sur la propriété de la mine acquise par concession ou autrement. Sie sprächen gegen die Ansicht des Appellationshofes, daß das Eigenthum eines Bergwerks auch nicht anders als durch einen Concessionsact begründet seyn könne. Noch deutlicher gehe dies aus dem Titel 6 Art. 51 über die älteren Berechtigungen hervor. Nach den früheren Gesetzen und vor Verkündung jener von 1791 und 1810 hätten die Bergwerksverleihungen zu den Lehnen gehört, und der Belehnte habe an dem verliehenen Bergwerk das Eigenthum erhalten. Die Verleihung sey auf doppelte Weise geschehen, entweder auf einen nach der Oberfläche bestimmten Distrikt oder auf mehrere Adern, die sodann der Belehnte in ihrer ganzen Ausdehnung zu verfolgen berechtigt gewesen. Das Gesetz vom 28. Juli 1791 habe nun im Art. 4 die früheren Verleihungen aufrecht erhalten, jedoch ihren Zeitraum auf 50 Jahre beschränkt. Dieses Gesetz habe nur eine Art der Verleihung zugelassen, nämlich die nach einem auf der Oberfläche zu bestimmenden Distrikt und habe daher im Art. 5 verordnet, daß der Umfang und die Grenzen eines jeden Bergwerks auf der Oberfläche regulirt werden sollten, indem es zugleich ein maximum für die Ausdehnung bestimmt habe.

Das Gesetz vom 21. April 1810 habe hierauf jene Beschränkung der Dauer wieder aufgehoben und durch Art. 51 die früher Concessionirten als unwiderrufliche Eigenthümer erklärt im Sinne der Art. 7 und 8 ohne neue Verleihung und ohne daß dieselben irgend eine Förmlichkeit zu erfüllen gehabt hätten. Das frühere zum Theil sich widersprechende Gesetz von 1791 sey jedoch nur wenig zur Ausführung gekommen, und namentlich seyen es die zahlreichen Besitzer der Kohlenbergwerke gewesen, welche durch ihre besonderen Verhältnisse daran gehindert und es unter-

lassen hätten, sich demselben zu fügen (conf. die Motive zu dem Gesetze vom 21. April 1810, in Sirey X. 2. 183). Mit Rücksicht hierauf und um diese Besitzer in ihren erworbenen Rechten zu schützen habe das Gesetz von 1810 weiter verordnet: Quant aux exploitans de mines, qui n'ont pas exécuté la loi de 1791 et qui n'ont pas fait fixer conformément à cette loi, les limites de leurs concessions, ils obtiendront les concessions de leurs exploitations actuelles conformément à la présente loi; à l'effet de quoi les limites de leurs concessions seront fixées sur leurs demandes ou à la diligence des préfets, à la charge seulement d'exécuter les conventions faites avec les propriétaires de la surface, et sans que ceux-ci puissent se prévaloir des articles 6 et 42 de la présente loi. Diejenigen, welche sich zur Zeit der Verkündung des Gesetzes im Betriebe ihrer Bergwerke befunden, und die Grenzen ihrer Berechtigung gemäß dem Gesetze von 1791 noch nicht hätten bestimmen lassen, sollten Concessionen erhalten auf den Umfang ihres gegenwärtigen Betriebs. Zudem sollten die Grenzen dieser Concessionen bestimmt werden, sey es auf ihr Gesuch oder auf Betreiben des Präfekten. Und die einzige Bedingung, welche ihnen hierbei auferlegt worden, bestehe darin, daß sie gehalten seyn sollten, die bestehenden Verträge mit den Eigenthümern der Oberfläche zu erfüllen, ohne daß letztere eine andere Entschädigung oder Abgabe von ihnen zu fordern berechtigt wären. Die desfallsige Ansicht gehe aus den Motiven hervor, die der Staatsrath Regnaud de St. Jean d'Angely, nachdem er die vier ersten Titel auseinandergesetzt, Folgendermaßen vorgetragen habe:

Ces règles pour les concessions nouvelles avait paru d'abord ne pas devoir s'appliquer aux concessions anciennes. On avait conçu l'idée de les laisser jouir pendant la durée fixée par leur titre et de remettre à son expiration pour les faire rentrer dans la règle commune. Une pensée plus généreuse les appelle à jouir sur le champ du bien fait de la loi, leur en impose même l'heureuse obligation et généralise ainsi au grand avantage des intéressés l'application de la loi; ce qui donnera ainsi plus de simplicité, de facilité et de force à l'action de l'administration.

La loi va plus loin: elle apelle aux mêmes prérogatives ceux qui n'ont pas exécuté encore la loi de 1791, qui n'ont que des exploitations et n'ont pas de concessions, à la charge de se mettre en règle et d'obtenir par un décrêt de S. M. en son conseil le titre régulier qui leur manque. Les uns et les autres paieront à l'état, en devenant ainsi propriétaires, les nouvelles redevances dont nous venons de parler; mais ils ne paieront aucune redevance aux particuliers propriétaires de la surface, parceque la jouissance sans le paiement de ce droit, est etablie et qu'il n'est pas juste de donner à la loi un effet rétroactif. Der Redner rühme sodann die großen Vortheile, welche das Gesetz den zahlreichen Bergbautreibenden (aux nombreux exploitans) gewähre, die Großmuth des Geschenks, welches ihnen in dem Gesetze gemacht sey. Hiernach lasse sich nicht mit dem Appellhofe annehmen, daß der Betrieb ihrer Bergwerke zur Zeit der Verkündung des Gesetzes vom 21. April 1810 den Cassationsklägern kein Eigenthum, kein Recht habe verschaffen können, daß er ihnen nur einen Anspruch auf eine, von der Bergbehörde jedoch abhängige, Verleihung der betriebenen Werke

gegeben habe. Ein Anspruch, den die Behörde zu bewilligen und zu versagen, gleich befugt seyn solle, sey ein Widerspruch. Der Art. 53 wäre nach dieser Ansicht nichts sagend, leer und überflüßig, da ja schon der Art. 13 viel umfassender jedem Einheimischen und jedem Fremden, er sey naturalisirt oder nicht, er handle für sich allein oder in Gesellschaft mit Andern, dasselbe Recht gebe: le droit de demander et d'obtenir, s'il y a lieu, une concession de mines. Die Art. 7 u. 16 des Gesetzes vom 21. April 1810 könnten nicht zur Anwendung kommen, weil sich diese nur auf künftige Concessionen bezögen, sondern lediglich der Art. 53; hiernach seyen die exploitans zur Zeit der Verkündung des Gesetzes den früher Concessionirten (Art. 51) gleich gestellt worden, sie seyen wie jene unwiderrufliche Eigenthümer der von ihnen betriebenen Bergwerke geworden, und daß sich ihr Eigenthum nicht weiter als auf den Umfang ihres wirklichen Betriebs erstrecken solle; sie hätten eine Concession, die ihnen nicht habe verweigert werden können, erhalten sollen, nur um sich en règle zu setzen, und einen titre régulier zu erhalten. Nicht von Verleihung eines Bergwerks habe es sich hier gehandelt, noch von den Formen und Untersuchungen, welche dieser vorhergehen müßten, sondern nur von Bestimmung der Grenzen ihrer durch das Gesetz anerkannten Berechtigungen. Ueber die Streitigkeiten, die wegen der Grenzbestimmung zwischen der Administration und den Bergwerksbesitzern (exploitans) entständen, sollte der Concessionsact entscheiden (Art. 56). Dieser Concessionsact enthalte mithin keine Verleihung eines neuen Rechts, sondern nur die Regulirung bestehender Rechte, er sey kein titre constitutif, sondern ein titre recognitif und keine Bedingung könne den Berechtigten auferlegt werden, als nur die Erfüllung der mit dem Eigenthümer der Oberfläche bestehenden Verträge und die allgemeine Abgabe an den Staat, welche die Cassationskläger erwiesenermaßen seit 1811 bezahlt hätten. Indem der Appellationsgerichtshof hierauf den Art. 7 des Gesetzes bezogen, habe er diesen falsch angewandt, ihm eine rückwirkende Kraft beigelegt, und zugleich den Art. 53 verletzt.

Hierauf entgegnete die Cassationsverklagte: Sie habe es immer bestritten, daß die Cassationskläger zur Zeit der Verkündung der Gesetze von 1791 und 1810 wirkliche exploitans der fraglichen Flötzen gewesen seyen. Der Appellationsgerichtshof habe auch diese Thatsache nicht untersucht, weil sie unerheblich gewesen. Daß das Wort: concessionaire mehr bezeichne, als das bloße factum der exploitation, verstehe sich von selbst (Legislation sur les mines par Locré pag. 423 etc.). Dies gehe auch aus den in erster Instanz vorgelegten Beschlüssen des vormaligen Präfekten zu Aachen vom 10 Flor. und 30 Messid. J. XIII., bestätigt durch Entscheidung des Ministers des Innern vom 12. Fruct. klar hervor, wodurch Lynen und Cons. förmlich untersagt worden, das jetzt in Anspruch genommene Flötz zu bearbeiten. Selbst den Beweis eines solchen Betriebs unterstellt, habe das Gesetz von 1810 ihren fehlerhaften prekären Besitz noch nicht in einen juristischen oder in ein Recht umgeschaffen, und nur wohl erworbene Rechte bei Ertheilung der Concession beachtet wissen wollen.

III. Wegen Verletzung der Art. 7 u. 51 des Gesetzes vom 21. April 1810, so wie des älteren Rechts: lib. II. feud. tit. 57 in fine u. l. 10 ff. de Jurisdict. Die Cassationskläger hätten sich ferner zur Begründung ihrer Eigenthumsansprüche auf die früheren Verleihungen derselben bezogen. Von der Stadt Aachen sey eingewandt worden, daß jene Ver-

leihungen prekär, widerruflich gewesen seyen. Allein der Appellationsgerichtshof habe diesen Einwand auf den Grund des angeführten Art. 51 verworfen. Die Cassationskläger hätten wirklich behauptet, daß die Rechte der ursprünglich Belehnten durch Erbgang resp. Uebertrag auf sie gekommen seyen, und hätten zum Beweise hierüber die Verleihungsurkunden und die notariellen Uebertragsacten vorgelegt. Nie sey hiergegen nach Ausweis sämmtlicher Acten und Urtheile von der Stadt Aachen etwas erinnert worden, nie habe sie die Identität der Personen bestritten, noch das Mindeste gegen die Legitimation ad causam eingewandt. Man sehe also nicht, weder worauf sich der vom Appellationsgerichtshofe ergänzte Einwand beziehe, noch worin er gegründet sey.

Sage der Appellationsgerichtshof, daß die Flötzen Mosbach und Neupumpenwerk durch die bezogenen Urkunden nicht hätten verkauft werden können, weil dieselben nebst der sogenannten Ley zufolge Protokolls vom 18. Mai 1767 damals schon von der Stadt eingezogen worden, und deren anderweitige Verleihung nicht einmal behauptet, vielweniger erwiesen sey, so hätten weder die Lehnrechte noch das gemeine Recht dieselbe hierzu ermächtigt. Jene nicht, weil es nach lib II. F. 51 in fine kontradiktorisch ergangener Urtheile bedürfe, wodurch eine wirkliche Felonie festgesetzt sey, um den zu Lehn gegebenen Gegenstand zurückzunehmen und den Belehnten zu entsetzen. Dieses, nämlich das gemeine Recht, nicht, weil zufolge fr. 10. de jurisdict. auch keine Obrigkeit, kein Magistrat eigenmächtig und ohne vorgängiges gerichtliches Verfahren sich selbst Recht nehmen könne. Zudem erhelle nicht, daß jenes Protokoll, worauf der Appellationsgerichtshof Bezug nehme, jemals verkündet und in Vollzug gesetzt sey.

Erkläre ferner der Appellationsgerichtshof den Uebertrag der drei andern Kohlenwerke Schmir, Kirchenlei und Hexenschlund genannt, für ungültig, weil es hierzu nach der Schlußbestimmung des Art. 7 des Gesetzes vom 21. April 1810 einer vorgängigen Ermächtigung der Regierung, die aber nicht erfolgt sey, bedurft habe, so liege hierin eine falsche Anwendung des gedachten Artikels, denn dieser sage: daß der Verleihungsact ein beständiges Eigenthum gebe, worüber man, wie über jedes Eigenthum, verfügen und welches eben so wohl übertragen werden könne. Der Zusatz jenes Artikels verbiete den Verkauf eines Bergwerks in Loosen oder dessen Theilung ohne vorgängige Ermächtigung der Regierung, die in den nämlichen Formen, wie die Concession zu ertheilen sey. Diese Bestimmung passe auf den vorliegenden Fall nicht, indem sie von der Naturaltheilung spreche, hier aber von ideellen Theilen die Rede sey. Von einer in jenem Artikel erwähnten Theilung handle es sich hier nicht, sondern von dem Uebergange und Uebertrage eines ideellen Antheils durch Erbfolge oder Cession. Diesemnach sey das Bergwerk ungetheilt geblieben. Die Anwendbarkeit jener Schlußbestimmung hierauf würde jenen Artikel mit sich selbst in Widerspruch setzen und das Bergwerkseigenthum wäre weder disponible noch transmissible und überhaupt kein Eigenthum, sondern ein ganz persönliches mit dem Tode des Concessionirten erlöschendes Recht zum Betrieb des Bergbaues.

Hierauf erwiederte die Cassationsverklagte:

Das Appellationsurtheil widerlege die Behauptung, daß die Cassationsverklagte die Identität, wie auch die fraglichen Uebertrage nicht bestritten habe.

Von einer Verletzung der Lehnrechte (lib. II. F. 51.) und des Röm. Rechts (fr 10 de jurisdict.) könne nicht die Rede seyn, indem die Einziehung der Flötzen Mosbach und Neupumpenwerk laut der bezogenen Urkunde vom 18. Mai 1767 rechtsgültig gewesen sey und der Appellationsgerichtshof thatsächlich festgestellt habe, daß die Einziehung wirklich Statt gefunden, und seit jener Zeit keine neue Verleihung dieser Flötze Statt gefunden habe. Es erhelle auch nirgends, noch sey von den Cassationsklägern behauptet worden, daß sie gegen solche Einziehungen Einspruch erhoben hätten. Die übrigen drei Flötzen Schmir, Kirchenley und Herenschlund hätten zufolge Art. 7 des Gesetzes vom 21. April 1810 ohne Ermächtigung der Regierung an die Cassationskläger nicht übertragen werden können. Der Art. 7 sey eine Fortsetzung des Art. 5, welcher nur von wirklichen Concessionen spreche; ohne diese Concessionen gebe es weder Verfügungs- noch Uebertragungs-Recht; es komme also auf den Unterschied zwischen Natural- und ideeller Theilung nicht an.

Hier suchte nun die Cassationsverklagte aus vielen in erster Instanz vorgebrachten Urkunden zu beweisen, daß zur Zeit, wo die Belehnungen ertheilt worden, das Teuter-Kohlenwerk unter der Benennung Herrenwerk als das Hauptwerk des Kohlenfeldes auf Rechnung der Stadt bearbeitet und auf diesem Felde für einzelne Kohladern Belehnungen ertheilt worden seyen und zwar widerruflich und unter der Bedingung, daß sie unentgeldlich von den Belehnungen hätten abstehen müssen, wie dies aus der bekannt gemachten Generalverordnung vom 27. April 1779, fol. 76 ersichtlich. Wollten daher die Cassationskläger die von ihnen bezogenen Belehnungsurkunden geltend machen, so müßten sie die darin gegebene Deutung der Belehnungen gegen sich gelten lassen. Unerheblich sey es, daß einige der von den Cassationsklägern angeführten Belehnungen vor dem Jahre 1767 ertheilt worden seyen; denn, indem der Magistrat um diese Zeit verschiedene Adern zum Nutzen des Herrenwerks eingezogen, später Verbote erlassen und sogar durch eine Generalverordnung sein bestehendes Recht zur Warnung eingeschärft, habe er von seinem Rechte Gebrauch gemacht, welches längst vor dem Jahre 1751 seit der ältesten Belehnung der Gegner bestanden. Uebrigens hätten sich die Belehnten in Ansehung der Flötzen Ley, Mosbach und Neupumpenwerk bei dem Widerrufe beruhigt. Endlich

IV. wegen Verletzung resp. falscher Anwendung der Art. 1 und 4 des Gesetzes vom 28 Juli 1791, der Art. 1594, 1598, 2239 und 2265 des B. G. B., so wie nochmaliger Verletzung des Art. 7 des Gesetzes vom 21. April 1810. Der Rh. Appellationsgerichtshof habe die 30jährige Verjährung verworfen, weil durch das Gesetz vom 28. Juli 1791 und bis zu demjenigen vom 21. April 1810 alles Bergwerks-Eigenthum aufgehoben gewesen sey — die 10jährige auf die Urkunden aus den Jahren 1811 bis 1813 gestützte Acquisitiv-Verjährung, weil es zu den theilweisen durch diese Urkunden bewirkten Veräußerungen nach Art. 7 des Gesetzes vom 21. 1810 der vorgängigen Ermächtigung der Regierung bedurft habe, und mithin der zur Begründung dieser Verjährung erforderliche Titel fehle. Zuerst sey hierdurch das Gesetz vom 28. Juli 1791 irrig ausgelegt und verletzt, denn obwohl dieses Gesetz im Art. 1 die Bergwerke überhaupt zur Verfügung der Nation gestellt gehabt, so sey dies doch nur in dem Sinne (en ce sens seulement) geschehen, daß sie nicht ohne Einwilligung und unter Aufsicht der Nation bearbeitet werden sollten. Zugleich seyen durch Art. 4 diejenigen, welche bei Verkün-

bung des Gesetzes bereits berechtigt gewesen, in dem Besitz und Genuß aufrecht erhalten worden, nur daß diese Concessionen, wenn sie für einen längeren Zeitraum ertheilt gewesen, mit Ablauf von 50 Jahren seit Verkündung des Gesetzes erlöschen sollten. Hiermit habe freilich ihr Recht aufgehört; allein bei Ertheilung einer neuen Concession auf das Bergwerk hätten die früher Concessionirten zufolge Art. 19 einen Vorzug genossen. Hieraus folge aber nicht, daß das Eigenthum der Bergwerke auf die Nation übergegangen, sondern nur, daß ihr bloß ein Recht der Bewilligung und der Aufsicht und bloß für die Zukunft beigelegt sey. Die älter Berechtigten seyen Eigenthümer geblieben, und ihre Eigenthumsrechte nur beschränkt worden. Dieses Gesetz habe die Verjährung um so weniger unterbrochen, als es niemals ganz zur Ausführung gekommen sey, und das spätere Gesetz von 1810 die Beschränkung wieder aufgehoben und ihnen das volle Eigenthum zurückgegeben, ja es ihnen sogar da verliehen habe, wo sie früher nur ein widerrufliches oder auf Zeit beschränktes Eigenthum besessen hätten. Wie dem aber auch sey, so sey nach dem Gesetze vom 21. April die 10jährige Acquisitiv-Verjährung jedenfalls zulässig und auf den Grund der Erwerbsurkunden von den Jahren 1811 — 1813 bei Anstellung der Klage und selbst bei Einlegung der Opposition erfolgt. Der Rhein. Appellationsgerichtshof habe also die zu diesem Cassationsmittel angeführten Gesetze verletzt.

Hierauf entgegnete die Cassationsverklagte:

Die Bergwerke seyen durch das Gesetz von 1791 zur Verfügung der Nation gestellt und hätten in Zukunft nur mit deren Bewilligung und unter gewissen Bedingungen bearbeitet werden können. Erkläre sonach das Gesetz nur, eine so beschaffene Berechtigung wenigstens für die Zukunft anzuerkennen, so sey doch dadurch nothwendig jede Erwerbung durch Verjährung für die Zukunft ausgeschlossen. Dadurch, daß der Art. 1 des Gesetzes von 1791 die Bergwerke zur Verfügung des Staats gestellt habe, sey deren Regalität in einem gewissen Sinne ausgesprochen.

Der Art. 5 des Gesetzes von 1810 gehe von den nämlichen Grundsätzen aus (S. die Discussionen des Staatsraths und des gesetzgebenden Körpers, Locré, Législation sur les mines, page 283 u. flg. page 374 u. flg. 382 bis 393, 404 u. flg.). Die Ansicht von der Regalität sey zwar nicht förmlich ausgesprochen, um den Art. 552 des B. G. B. nicht zu verletzen; allein man habe einen Mittelweg eingeschlagen und im Art. 7 des Gesetzes [illegible] 1810 gesagt, die Minen sollten in Zukunft ein verfügbares, über[illegible]bares Eigenthum der Concessionirten seyn, wenn der Beschluß des Gouvernements dieses Eigenthum durch eine Concession festgesetzt haben werde. Könne auch nach dem Gesetze von 1810 das Eigenthum eines Bergwerks nach ertheilter Concession unter Lebenden oder von Todeswegen veräußert werden, so fehle es aber an der Concession nach Art. 5 jenes Gesetzes, mithin an einem verjährungsfähigen Titel, und nach Art. 7 verleihe erst die Concession das Eigenthum. Auch fehle es, wie die Acten auswiesen, an einem zur Verjährung erforderlichen juristischen Besitze, indem die Cassationskläger die in Anspruch genommenen Flötzen theils nicht besessen, theils die Stadt im Jahre 1819 gegen sie Einspruch erhoben habe. Dazu komme auch noch der Umstand, daß nach Vorschrift des Art. 29 des Gesetzes vom 21. April 1810 das Bergtreiben auf einzelne Adern nicht mehr bestehen könne, ein Grundsatz, der auch in neuerer Zeit befolgt worden sey.

Die Cassationskläger trugen dahin an:

Das Urtheil des Königl. Appellationshofes vom 16. März 1835 als nichtig zu cassiren, und die Rückgabe der hinterlegten Succumbenzgelder zu verordnen und hiernächst in der Sache selbst sprechend, den Cassationsklägern ihren vor dem Appellhofe genommenen Antrag zuzuerkennen, unter Verurtheilung der Cassations-Beklagten in sämmtliche Kosten.

Die Cassationsverklagte trug dagegen dahin an:

Den Cassationsrekurs gegen das Urtheil des Rh. A. G. H. vom 16. März 1835 zu verwerfen, und die Cassationskläger in sämmtliche Kosten zu verurtheilen, eventualiter aber, statt aller Entscheidung in der Sache selbst, dieselbe zum Rh. Appellhofe zurückzuverweisen, um über die Punkte zu entscheiden, worüber derselbe bisher noch nicht entschieden hat.

Nachdem in der öffentlichen Sitzung des Königl Revisions- und Cassationshofes vom 9. Dezember v. J. der Herr Geheime Oberrevisionsrath Esser den Vortrag erstattet, der Herr Geheime Justizrath Reinhardt, Anwalt der Cassationskläger, die Gründe zur Unterstützung des Cassationsgesuches entwickelt, und der Herr Justizrath Sandt, Anwalt der Cassationsverklagten, seine Gegenbemerkungen gemacht hatte, auch in der öffentlichen Sitzung vom 16. desselben M. der Herr Generalprokurator Eichhorn in seinem Antrage gehört worden war, wurde nach vorheriger Berathschlagung, verkündigt folgendes

Urtheil:

J. E. auf das erste Cassationsmittel:

Daß der in erster Instanz zu erledigende Einspruch der Cassationskläger auf ihr Eigenthum an den streitigen Kohlbergwerken gestützt war;

Daß also das Königl. Landgericht zu Aachen mit der Frage: ob der Cassationsverklagten an den Bergwerken das Eigenthum zustehe? um so weniger befaßt war, als dieselbe außer dem, daß sie bloß auf Verwerfung des Einspruchs angetragen, auch noch behauptet hat, daß sie zum Beweise ihrer Ansprüche nicht verbunden sey;

Daß diese Ansicht mit dem Art. 28 des Gesetzes vom 21. April 1810 stimmt, mithin die Verletzung des Art. 55 desselben in Ansehung dieses Cassationsmittels ausschließt;

J. E. auf das zweite Cassationsmittel:

Daß der Art. 53 jenes Gesetzes verfügt die Bergwerksbetreiber welche das Bergwerksgesetz vom 28. Juli [illegible] nicht befolgt, und diesemgemäß die Grenzen ihrer Concessionen nicht haben festsetzen lassen, Concessionen über den Umfang ihres Betriebs zur Zeit der Verkündigung des Gesetzes von 1810 erhalten, und zu diesem Ende auf ihr Gesuch oder auf Betreiben des Präfekten die Grenzen ihrer Concessionen bestimmt werden sollten;

Daß der Art. 53 dieses Gesetzes, indem er den Fall der Nichtbefolgung des Gesetzes von 1791 vorsieht, nach dem am 21. April 1810 in der Sitzung des gesetzgebenden Körpers erstatteten Bericht, insbesondere auf die Art. 4 u. 26 jenes Gesetzes von 1791 zu beziehen ist;

Daß die Concessionirten und Bergwerksbetreiber nach diesen Art. 4 u. 26 die Plane der Oberfläche, die Rechtstitel und andere Beweise der Rechtmäßigkeit ihres Betriebs auf der Präfektur hinterlegen mußten;

Daß, wenn nun der Art. 53 von Bergwerksbetreibern, welche nicht dem Gesetze von 1791 gemäß, die Grenzen ihrer Concessionen, oder was diesen nach den Ortsgebräuchen oder alten Gesetzen zufolge Art. 55 des Gesetzes von 1310 gleichstand, zur Zeit des Gesetzes vorhanden gewesen seyn müssen;

Daß diesemnach der bloße Betrieb eines Bergwerks, wenn er nicht sonst auf Gründen der Rechtmäßigkeit beruht, zur Zeit der Verkündung des Gesetzes im Sinne des Art. 53 ein erworbenes Recht nicht begründet;

Daß mithin weder dieser Artikel, noch der Art. 7 jenes Gesetzes verletzt seyn könne;

J. E. auf das dritte Cassationsmittel:

Daß nach der Festsetzung in dem angegriffenen Urtheile die Cassationskläger zum Beweise, daß die Ansprüche der mit den streitigen Bergwerken ursprünglich Beliehenen auf sie übergegangen seyen, sich auf die notariellen Erwerbungsurkunden vom 6. September 1811, vom 21. Januar, 16. März, 18. u. 19. Oktober 1812 und 2. Februar 1813, so wie auf drei andere notarielle Urkunden vom 26. März 1833 sich bezogen haben, Inhalts deren sie von dem Kohlenbergwerke Mosbach nach und nach die Hälfte und $^{9}/_{18}$, so wie von den Flötzen Schmir, Kirchenley, Herenschlund und Neupumpenwerk $^{1}/_{90}$, $^{1}/_{15}$, und $^{1}/_{3}$ an sich gebracht hätten;

Daß der Rh. A. G. H in Ansehung der Flötzen Mosbach und Neupumpenwerk aufstellt, daß dieselben nicht hätten veräußert werden können, weil sie nebst der sogenannten Ley zufolge Protokolls vom 18 Mai 1767 damals schon von der Stadt Aachen eingezogen worden seyen und deren anderweitige Verleihung nicht einmal behauptet, vielweniger erwiesen worden sey;

Daß diese Feststellung erstens das Lombardische Lehnrecht (lib. II. Feud. 56 in fine) nicht verletzen kann, weil nicht feststeht, daß die hierauf bezüglichen früheren Verleihungen von den wesentlichen Merkmalen eines Lehns begleitet gewesen wären, — zweitens das fr. 10. de jurisdict. nicht, weil nicht erhellet, daß der Stadtmagistrat Behufs der erklärten Einziehung jener Flötzen Seitens der Stadt Aachen im Sinne jenes Gesetzes Recht gesprochen hätte;

Daß der Rh. A. G. H. in Ansehung der durch die drei Urkunden vom Jahre 1833 übertragenen Flötzen Schmir, Kirchenley und Herenschlund nicht festgestellt hat, daß die darin aufgeführten Verkäufer nicht Rechtsnachfolger früher Beliehenen gewesen seyen;

Daß nun die Frage hierüber in der Appellationsinstanz unerörtert geblieben und für den Fall, daß jene Rechtsfolge richtig festgestellt wäre, die Verkäufer auf den Grund der Art. 51 u. 53 ihr erworbenes Recht hätten übertragen können;

Daß daher die Cassationskläger durch jene Käufe von 1833 in Ansehung der zuletzt genannten drei Flötzen vor der Hand zur Sache Behufs Verhandlung über obige Frage hinreichend legitimirt waren;

Daß, wenn auch der Art. 7 des Gesetzes von 1810 den Verkauf eines Bergwerks in Loosen oder die Theilung desselben verbietet, hierdurch nur der Zerstückelung des Betriebs vorgebeugt werden sollte;

Daß aber in dem vorliegenden Falle, wo nur ideelle Theile zum Zwecke eines gemeinsamen Betriebes verkauft werden, jenes Verbot als zwecklos nicht entgegensteht;

Daß der Rh. A. G. H., indem er die Cassationskläger vor der Hand ohne weitere Verhandlung abwies, die Art. 7, 51 u. 53 des Gesetzes von 1310 verletzt hat.

I. E. auf das vierte Cassationsmittel:

Daß die seit dem Gesetze von 1810 zu erwerbenden Bergwerke nur durch vom Staate zu ertheilende Concessionen übertragen werden können;

Daß mithin auch von da an der verjährungsfähige Besitz ausgeschlossen ist;

I. E., was nun die Frage: ob vor jenem Gesetze überhaupt eine Verjährung Platz greifen konnte? anlangt, daß der Art. 3 des Gesetzes von 1791 verfügt:

> Les propriétaires de la surface auront toujours la préférence et la liberté d'exploiter les mines qui pourraient se trouver dans leurs fonds, et la permission ne pourra leur en être refusée lorsqu'ils la demanderont.

Das weder ein Gesetz, noch irgend ein Rechtsgrund dem Eigenthümer der Oberfläche die Befugniß abspricht, sein in jenem Artikel festgehaltenes Recht, in seinem Grund und Boden ein Bergwerk zu betreiben, als einem dem Verkehr nicht entzogenenen Gegenstand, an einen Andern mit rechtlicher Wirkung zu übertragen;

Daß mithin hiernach auch ein Dritter, jenem Eigenthümer gegenüber, ein solches Recht durch Verjährung erwerben konnte;

Daß hiermit ebenfalls der Art. 55 des Gesetzes von 1810 übereinstimmt, wenn er in Fällen, wo Ortsgebräuche oder alte Gesetze bestehen, die Rechte der Parteien auch durch Verjährung bestimmen läßt;

Daß folglich der Rh. A. G. H., indem er das Erwerbungsmittel der Verjährung aus dem Grunde der Nichtverjährbarkeit der streitigen Bergwerke seit der Verkündung des Gesetzes von 1791 bis zum Gesetze von 1810 verwarf, die Art. 1594, 1598, 2239 u. 2265 des B. G. B., den Art. 55 des Gesetzes von 1810 verletzt und den Art. 7 dieses Gesetzes falsch angewendet hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Kön. Rh. Appellations-Gerichtshofes vom 9. Juni 1835, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten, so wie auch die Rückerstattung der hinterlegten Succumbenzgelder und verurtheilt die Cassationsverklagten zu den Kosten des Cassationsverfahrens und verweiset die Sache an den zweiten Civilsenat des Rh. A. G. H.

Sitzung vom 13. Januar 1838.

Wegebeschädigung. — Polizeistrafe. — Rechte Rheinseite.

Ob eine und welche Pönal-Polizei-Verordnung für Wegebeschädigungen auf der rechten Rheinseite existire?

Oeffentliches Ministerium — Wittwe Neuhöver.

Die Margaretha Knoch, Wittwe von Paul Neuhöver zu Thurn war zu Folge einer an den Bürgermeister zu Dünwald gerichtete Anzeige des Polizeidieners Odenwald beschuldigt worden, daß sie am Ausgange des Dorfes Thurn, wo der Weg von Thurn nach Brück führt, die den

Weg umgebende alte Hecke habe abhauen, und eine neue 4 bis 5 Fuß breit in dem Wege habe anlegen lassen, wodurch die Straße so sehr geschmälert worden sey, daß sie kaum noch eine Breite von 10 Fuß habe, so daß sich 2 Karren nicht mehr ausweichen könnten, und ein Fußgänger kaum vorbeikommen könne.

Auf die von dem Bürgermeister hierauf bewirkte Ladung der Beschuldigten vor das Königl. Polizeigericht zu Mülheim, erkannte dieses am 20. September vorigen Jahres in contumatiam, indem die Beschuldigte nicht erschienen war, daß die Vorladung vom 25. August gegen Wittwe Paul Neuhörer, welche die Beschuldigung: den Weg von Thurn nach Brück am Ausgange des erstens Ortes verengt zu haben, zum Grunde liege, sammt allem, was darauf erfolgt, für nichtig zu erklären sey; indem dasselbe als Erwägungs-Grund anführte;

Daß auf dem rechten Rheinufer ein Strafgesetz nicht bekannt sey, durch welches Beschädigungen, Verkümmerungen rc der Vicinal-Wege geahndet werden, indem das Edict vom Jahre 1554 so wie der § 33. des Ressort-Reglements vom 20. Juli 1818 unanwendbar erscheinen.

Gegen dieses Erkenntniß meldete der die Stelle des öffentlichen Ministerums bei dem gedachten Polizei-Gerichte vertretende, Bürgermeister Maaßen noch an demselben Tage den Cassationsrekurs an, und der Ober-Prokurator bei dem Königl. Landgerichte zu Köln reichte hierauf am 10. November die betreffenden Acten mit Bericht ein, in welchem derselbe zur Rechtfertigung des Rekurses anführt:

Das fragliche Urtheil wird hauptsächlich deshalb angegriffen, weil es den Art. 471 Nro. 5 verletzt, der also lautet:

„Serons punis d'amende, depuis 1 frcs. jusqu'a 5 frcs. inclusivement, 5, ceux qui auront négligé ou refusé d'executer les réglemens ou arrètés concernant la petite voirie, etc“

Derselbe kommt also immer da zur Anwendung, wo überhaupt Vorschriften in Beziehung auf die Wegepolizei vorhanden sind, mögen dieselben nun früher oder später, als das Strafgesetzbuch selbst, ergangen sein.

Eine solche Vorschrift ist aber im Herzogthum Jülich und Berg durch die Polizei-Ordnung vom 10. Oktober 1554 gegeben, worin es wörtlich also heißt:

„Zum ersten so man befünde, daß einige Wege zugemacht, dieselbigen sollen (so fern deren Jemand von nöthen, oder zu gebrauchen hätte) geöffnet und die Thäter gestraft werden. Zum andern, welche die Straßen und Wegen verenget, oder zum Theil zu sich gezogen, sollen auch dafür angesehen, und wo die Straßen oder Wege böß wären, darzugehalten werden, daß sie es aufthun, und Wege so weit machen, wie vor Alters geweßt.“

Es ist also hier die Verengung eines Weges strafbar erklärt, wenn gleich die Strafe nicht normirt worden ist, der Art. 471 ergänzt aber diese fehlende Strafbestimmung, mithin ist von keinem Mangel an einem Gesetze die Rede. Durch das Urtheil des Königl. Polizeigerichts, worin der Mangel einer gesetzlichen Bestimmung als Grund der Freisprechung angegeben ist, ist demnach der Art. 471 Nro. 5 des Strafgesetzbuch's verletzt, es kann also das Urtheil selbst der Cassation nicht entgehen.

Der Antrag des Cassationsklägers geht demnach dahin:

Es wolle einem Königl. Revisions- und Cassationshofe gefallen, das Urtheil des Königl. Polizeigerichts zu Mülheim vom 27. September 1837 zu cassiren, und an die Stelle des besagten Polizeigerichtes tre-

tend, die Cassationsverklagte in contumatiam in eine Geldbuße von 1 Frc. und zur Wiederherstellung des verengten Weges, so wie in die Kosten beider Instanzen zu verurtheilen, endlich zu verordnen, daß im Weigerungsfalle der verengte Weg auf Kosten der Cassationsbeklagten wieder hergestellt werde.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisionsrathes Liel und den Antrag des Herrn General Prokurators Eichhorn:

J. E., daß die Margaretha Knoch, Wittwe von Paul Neuhöver zu Thurn durch das Protokoll des Polizeidieners Odenwald vom 16. August 1837 beschuldigt ist, den von Thurn nach Brück führenden Weg durch Anpflanzen einer neuen Hecke um 4 bis 5 Fuß verschmälert, und denselben dadurch für Fuhrwerk und für Fußgänger weniger brauchbar gemacht zu haben;

Daß diese Handlung den allgemeinen Vorschriften der Wegepolizei, wie solche namentlich in der Polizei-Ordnung vom 10. Oktober 1554 enthalten sind, deren genaue Beobachtung auch in mehreren spätern Verordnungen befohlen ist, zuwiderläuft; und daß daher, da die Margaretha Knoch nicht auch zugleich der Usurpation eines Theils des zu dem Wege gehörigen Terrains beschuldigt ist die Strafbestimmung des Art. 471 Nro. 5. des Rh. St. G. B. bei dem Mangel aller Vertheidigungs Gründe zur Anwendung gebracht werden mußte.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Königl. Polizei-Gerichts zu Mülheim am Rhein vom 27. September 1837, unter Verurtheilung der Cassationsverklagten in die Kosten des Cassationsverfahrens, welche mit Einschluß der Urtheils-Stempel-Gebühren von 15 Sgr. auf 1 Thlr. 3 Sgr. 3 Pfg. festgesetzt werden, und verweiset die Sache zur weitern Verhandlung an das K. Polizeigericht zu Bensberg.

Sitzung vom 6. März 1838.

Brandstiftung. — Strafe.

Derjenige, welcher sein Eigenthum freiwillig in Brand steckt, verwirkt die Strafe des Art. 434 des St. G. B. gleich dem, welcher fremdes Eigenthum einäschert.

Der Umstand, daß die ganz isolirte Lage des, durch das angelegte Feuer zerstörten Gegenstandes, jede Gefahr für nachbarliches Eigenthum ausschloß, steht der Anwendung des gedachten Artikels nicht im Wege, zumal wenn das eingeäscherte Eigenthum mit Hypothek beschwert und gegen Brandschaden versichert war. *)

Bergweiler.

Auf den Antrag des Königl. General-Prokurators bei dem Revisions- und Cassationshofe folgenden Inhalts:

Der Johann Joseph Bergweiler zu Bell war beschuldigt, in der Nacht vom 16. auf den 17. Januar dieses Jahres an seine daselbst gelegene

---

*) Siehe Bd. XXV, 1. Abthl. Seite 270.

sogenannte Baubahr=Mühle freiwillig Feuer angelegt zu haben, wodurch ein Theil derselben eingeäschert wurde.

In Folge eines Rathskammerbeschlusses des Königl. Landgerichts zu Coblenz vom 16. Juni durch welchen ein Leibverhaftsbefehl gegen Bergweiler erlassen wurde, kam die Sache vor die Anklagekammer des Rheinischen Appellationsgerichtshofes, welcher am 22. Juli den gedachten Leibverhaftsbefehl aufhob, und den Beschuldigten außer Verfolgung setzte.

Von des Herrn Justizministers von Kamptz Excellenz aufgefordert, gegen diese Entscheidung im Interesse des Gesetzes die Cassation nachzusuchen, beehre ich mich zur Unterstützung des Rekurses Folgendes vorzutragen.

Durch das Urtheil der Anklagekammer wird zwar anerkannt, daß der Beschuldigte die ihm eigenthümlich und ausschließlich zugehörige Mühle freiwillig in Brand gesteckt habe, auch daß das Gebäude mit Hypothek beschwert, und bei der Rheinischen Provinzial=Feuer=Societät gegen Brandschaden versichert gewesen; allein es wurde zugleich festgestellt, daß die unmittelbare Lage der fraglichen Mühle die Gefahr der Weiterverbreitung des Feuers und die Möglichkeit einer Beschädigung benachbarten fremden Eigenthums ausschließe und hiernach wurde behauptet, daß die That, da ihr somit der Charakter einer gemeinschädlichen Handlung abgehe, in die Anwendung des Art. 434 des Strafcodex um so weniger fallen könne, als dieser Artikel zu den Strafbestimmungen gehöre, welche in dem 3ten Buch, Tit. 1. Kap. 2., dieses Gesetzbuchs zur Repression der Verbrechen gegen das Eigenthum aufgestellt seyen, worunter der Natur der Sache nach nur fremdes Eigenthum verstanden werden könne; daß daher die Benachtheilung, welche einem Dritten durch den Mißbrauch der eigenen Sache zugefügt werde, nur civilrechtliche Folgen haben könne.

Diese Motive stellen sich jedoch eher als eine Kritik des Gesetzes, denn als ein überzeugender Grund gegen dessen Anwendbarkeit dar; denn der Art. 434 belegt überhaupt mit der Strafe der Brandstifter alle diejenigen, welche Gebäude, Schiffe, Magazine, Bauhöfe, Waaren= und Früchten=Lager in Brand stecken, — ohne zwischen eigenen und fremden Gebäuden ꝛc zu unterscheiden; und wenn demungeachtet ein Gericht in dem letzteren Falle, bloß aus der Ursache, weil Jemand nur sein Eigenthum durch Feuer zerstört hat, folglich aus einer Ursache, welche das Gesetz nicht als einen ausdrücklichen Freisprechungsgrund anerkennt, und obgleich eine wirklich criminelle Absicht, einen Dritten zu beeinträchtigen, feststeht, — die völlige Straflosigkeit des Thäters sanktionirt, so vertauscht es seinen richterlichen Standpunkt mit jenem des Gesetzgebers und überschreitet daher seine Gewalt.

Es läßt sich zwar nicht in Abrede stellen, daß die in dem Art 434 angedrohete Todesstrafe mit einer Handlung in keinem Verhältnisse stehe, welche weder gegen das Eigenthum eines Dritten direkt gerichtet ist, noch dessen Person verletzen kann; allein der Rückblick auf die Härte der Strafe darf den Richter nicht bestimmen, eine Ausnahme von der allgemeinen Regel in dem Umstande aufzusuchen, daß der Thäter nur an ein ihm zugehöriges Gebäude Feuer gelegt hat.

Der andere Umstand aber, daß keine Gefahr dadurch für Personen, noch für nachbarliches Eigenthum habe entstehen können, kommt bei der Anwendung des gesagten Artikels weniger in Betrachtung, als der Schaden, welcher einem Dritten absichtlich zugefügt wird.

Die Bemerkung, daß dieser Artikel sich unter dem Titel über Verbrechen und Vergehen gegen das Eigenthum aufgeführt befinde, kann die Ansicht der Anklagekammer nicht rechtfertigen; denn, wenn auch in dem vorliegenden Falle das Eigenthum eines Dritten nicht unmittelbar zerstört wurde, so entstand doch durch die angeschuldigte Handlung (selbst nach der Feststellung des fraglichen Urtheils) ein Nachtheil für die Hypothekargläubiger und für die Feuer-Assecuranz-Gesellschaft, folglich eine Beeinträchtigung des Vermögens eines Dritten. — Da es sich von einem versicherten Gebäude, welches durch die Flammen zerstört wird, sogar eher sagen läßt, daß es dem Versicherer als daß es dem Versicherten untergeht, wie ist es da zu vermuthen, daß das Gesetz einen solchen Frevel gänzlich mit Stillschweigen habe übergehen wollen, und ist es nicht vielmehr anzunehmen, daß es durch Androhung der höchsten Strafe Zerstörungen habe vorbeugen wollen, die, indem sie leichter als jede andere ausgeübt werden können, zugleich einen gefährlicheren Charakter haben und von schreckbareren Umständen begleitet sind? — Auf diese Weise erklärt sich dann auch der Art. 437 des St. G. B., welcher bei sonstigen Destruktionen zur Anwendung der daselbst verfügten Strafe die Wissenschaft erfordert, daß der zerstörte Gegenstand einem Andern zugehört habe, während der Art. 434 die Strafe nicht eben so an diese Wissenschaft knüpft.

Die Anwendung des Art. 434 des St. G. B. auf den obenangeführten Fall, weit entfernt, eine Ausdehnung des Gesetzes zu seyn, ist daher vielmehr als eine natürliche Auslegung desselben anzusehen.

Eine Verfügung ähnlicher Art ist auch anderen Gesetzgebungen nicht fremd; denn so verordnet das allgemeine Landrecht in dem § 1520. des Tit. 20. Th. II. daß derjenige, welcher sein Eigenthum einäschert, gleich dem, welcher fremdes Eigenthum in Brand steckt, bestraft werden solle, und es stellt den Fall, wo der Thäter Andere durch Anlegung des Feuers zu betrügen sucht, dem gleich, wo dadurch das Feuer weiter zu verbreiten beabsichtigt wird; nur läßt der § 1522. nach Verhältniß des angerichteten Schadens eine geringere Strafe eintreten, eine Modifikation, die jedoch in den Rheinischen Strafcodex nicht aufgenommen ist.

In diesem Sinne hat auch der Pariser Cassationshof mehrmal erkannt; so in den Urtheilen vom 21. November 1822, 11. November 1825 und 23. April 1829, und der Französische Justizeminister hat nach Erscheinung des ersten dieser Erkenntnisse durch ein Circular vom 23. Januar 1823 den Generalprokuratoren die strenge Beobachtung der darin enthaltenen Grundsätze anempfohlen.

Es hat zwar der gesagte Gerichtshof in einem spätern Urtheil (vom 19. März 1831) diese Ansicht geändert und erkannt, der Art. 434 unterstelle, daß das Feuer freiwillig an ein, einem Dritten zugehörigen, Gebäude, oder an brennbare Materialien, die nach ihrer Lage das Feuer dem fremden Eigenthum leicht mittheilen können, gelegt worden, jene Bestimmung sehe aber weder den Fall vor, wo Jemand sein isolirt gelegenes Gebäude in Brand steckt noch jenen, wo dieses Gebäude wirklich versichert gewesen, durch Analogie könne aber auf eine That, die das Gesetz nicht als ein Verbrechen qualifizire, eine Strafe nicht angewandt werden.

Abgesehen von den oben angeführten Gegengründen, ist aber dagegen zu bemerken, daß in der Sitzung vom 11. März 1831 die Stimmen über die Frage wegen Anwendbarkeit des Art. 434 getheilt waren,

und daß jene Entscheidung nur der geringen Stimmenmehrheit der neu zugezogenen Mitglieder ihr Daseyn verdankt. — Es ist ferner zu bemerken, daß bei der Diskussion über die Modifikationen des code pénal, welche im Jahre 1832 verkündet worden, jenes System, wodurch eine in jedem Betracht reprehensible Handlung aller Strafe entzogen wird, nicht gebilligt worden, indem vielmehr die verbrecherische Natur einer solchen Handlung ausdrücklich anerkannt wurde, und nur die Strafe derselben eine Abänderung erlitten hat.

Gestützt auf diese Betrachtungen trage ich dahin an, daß das Urtheil der Anklagekammer des Rheinischen Appellationsgerichtshofes vom 22. Juli dieses Jahres wegen Zuwiderhandlung gegen die Verfügung des Art. 434 des St. G. B. jedoch blos im Interesse des Gesetzes, cassirt und die Transscription des zu erlassenden Urtheils in die Register des gesagten Gerichts verordnet werde.

Berlin, den 28. November 1837.

gez. Eichhorn.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisions Rathes Graun; nach Anhörung des Herrn General-Prokurators Eichhorn, welcher bemerkte, daß er seinem schriftlichen Antrage nichts zuzusetzen habe.

Nach Einsicht des Art. 434 des St. G. B. und indem der Cassationshof die von dem Herrn General-Prokurator vorgetragenen Gründe adoptirt, cassirt er das Urtheil der Anklagekammer des Königl. Rhein. Appellationshofes, jedoch nur im Interesse des Gesetzes und verordnet die Beschreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Sitzung vom 19. März 1838.

Assise. — Zusatzfrage. — Widerspruch. — Entscheidungsrecht.

Im Falle eines Widerspruches von Seiten des Vertheidigers eines Angeklagten über die Stellung der Zusatzfrage hat nicht der Assisenpräsident, sondern der Assisenhof zu entscheiden.

Clever — öffentl. Ministerium.

Durch Urtheil des Anklagesenats zu Köln vom 5. Oktober vorigen Jahres wurden Andreas Clever und Heinrich Clever, jener sechsundzwanzig Jahre alt, Landwehrmann und Metzger, dieser neunzehn Jahre alt und Tagelöhner, beide gebürtig und wohnhaft in Mühlheim, wegen qualifizirten Diebstahls an den Assisenhof zu Köln verwiesen. Nach verhandelter Sache vor diesem Hofe erklärte dessen Präsident, daß er den Geschwornen die zusätzliche Frage hinsichtlich der Hehlerschaft stellen werde. Das öffentliche Ministerium hatte dagegen nichts zu erinnern. Der Vertheidiger des Heinrich Clever widersetzte sich der Stellung dieser Frage, der Präsident indessen erklärte, die Opposition des Vertheidigers wegen Stellung der Subsidiar-Frage zu verwerfen und so wurden denn die beiden Fragen gestellt:

1) Sind die Angeklagten Andreas und Heinrich Clever schuldig, in der Nacht vom 2. auf den 3. August 1837 aus einem mit dem

Wohnhause des Metzgers Johann Adam Pocher zu Mühlheim in derselben Umschließung gelegenen Hofraume mittelst Einsteigens sechs Schaaffelle und drei Hemden gestohlen zu haben?

2) Sind die Angeklagten schuldig sechs Schaaffelle, welche aus einem mit dem Wohnhause des Metzgers Joh. Adam Pocher zu Mühlheim in derselben Umschließung gelegenen Hofraume, mittelst Einbruch in der Nacht vom 2. zum 3. August 1837 gestohlen worden, wissend, daß sie gestohlen worden, verhehlt zu haben?

Die Geschwornen verneinten die erste, bejaheten aber mit absoluter Stimmenmehrheit die zweite Frage und der Assisenhof verurtheilte nunmehr auf Grund der Artikel 384, 386 Nr. 1, Artikel 62, 19, 47, 44, 36, 55 des Str. G. B., des 45sten Kriegsartikels, der Allerhöchsten Kabinets-Ordres vom 22. Februar 1823, 13. October 1824 und 22. Februar 1813, endlich der Art. 368, 366 der Kr. P. O. den Andreas Clever zu einer fünfjährigen Einstellung in die Straffection einer Garnison-Compagnie, versetzte ihn in die zweite Klasse des Soldatenstandes, und erklärte ihn der Nationalkokarde, des Landwehrkreuzes oder National-Militair-Abzeichens für verlustig; verurtheilte sodann den Heinrich Clever zu einer fünfjährigen Zwangsarbeits-Strafe und erklärte ihn der Nationalkokarde für verlustig.

Condemnirte endlich beide solidarisch zu den Kosten, stellte sie lebenslänglich unter Polizei-Aufsicht, die Caution für jeden auf achtzig Thaler bestimmend, verordnete Druck und Anschlag des Urtheils nnd Rückgabe der in Beschlag genommenen Gegenstände.

Gegen dieses am 28. November vorigen Jahres verkündete Urtheil ergriffen beide Condemnaten am 1. Dezember ejusdem den Cassationsrekurs. Andreas Clever führte nichts zu dessen Unterstützung an; Heinrich Clever aber suchte theils selbst in einer Eingabe seine Unschuld darzulegen, theils ließ er durch seine Vertheidiger Cassationsgründe aufstellen. Nämlich:

1) Verletzung der Artikel 241, 337, 338, 361, 408 der Kr. P. O., weil der Präsident sich nach Artikel 337 bei Stellung der Fragen an den Anklage-Act halten und nach Art. 338 nur in Bezug auf neuentdeckte erschwerende Umstände davon abgehen dürfe, der Art. 241 auch genaue Angabe des Facti im Anklage-Acte fordere, und der Art. 361 ein besonderes Verfahren vorschreibe, wenn bei den Verhandlungen eine andere strafbare That wider den Angeklagten zur Sprache komme, so daß, da die Hehlerei weder mit dem Diebstahl dasselbe Factum bilde, noch erschwerender Umstand des letzteren sey, der Präsident ohne Verletzung jener Frage wegen der Hehlerei, über welche der Anklage-Act nichts enthalte, nicht, wie geschehen, habe stellen können.

2) Das zweite Cassationsmittel ward in Verletzung der Art. 336 und 408 a linea 2 der Kr. P. O. gesetzt, weil nicht der Präsident, sondern nur der Assisenhof bei dem Widerspruche des Vertheidigers gegen die Stellung der Zusatzfrage über die letztere habe erkennen können, im vorliegenden Falle aber der Präsident selbst entschieden habe.

3) Das dritte Cassationsmittel ward in Verletzung der Art. 17 u. 7 des Gesetzes vom 20. April 1810 gesetzt, weil nämlich selbst in der Unterstellung: der Präsident habe aber jenen Widerspruch

erkennen können, er doch Motive seiner Entscheidung habe angeben müssen, was nicht geschehen ist.

Einen Antrag enthielt die Schrift nicht.

Urtheil:

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisions-Rathes Jähnigen; nach Anhörung des Antrages des Herrn General-Prokurators Eichhorn.

In Erwägung auf das Cassationsgesuch des Heinrich Clever:

Daß der Vertheidiger desselben auf die Erklärung des Präsidenten: auch die zusätzliche Frage hinsichtlich der Hehlerschaft stellen zu wollen, sich ausdrücklich der Stellung dieser Frage widersetzte;

Daß über den hierin liegenden Antrag rücksichtlich des Heinrich Clever die Zusatzfrage nicht eintreten zu lassen, nach Art. 408 Absatz 2 und argumento des Art. 276 der Kr. P. O. nicht der Assisen-Präsident, sondern der Assisenhof selbst zu entscheiden hatte;

Daß aber nach dem Audienz-Protokolle vom 28. November vorigen Jahres der Assisen-Präsident und nicht der Assisenhof die von dem Vertheidiger des Heinrich Clever eingelegte Opposition verwarf und die Zusatzfrage auch hinsichtlich dieses Beschuldigten gestellt wurde;

Daß die Unterlassung des Assisenhofes über diese Opposition zu erkennen nach Art. 408 die Nichtigkeit des weiteren Verfahrens und des ergangenen Endurtheils nach sich zieht;

Daß es hiernach der Prüfung der weiteren Cassationsmittel nicht bedarf.

In Erw., was das Cassationsgesuch des Andreas Clever betrifft:

Daß rücksichtlich desselben keine bei Strafe der Nichtigkeit vorgeschriebene Form des Verfahrens verletzt und die zur Anwendung gekommenen Strafgesetze richtig angewendet worden sind.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das von dem Assisenhofe zu Köln am 28. November vorigen Jahres wider Heinrich Clever erlassene Strafurtheil, nebst dem demselben an diesem Hofe vorausgegangenen Verfahren, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten, und verweiset die Verhandlung der Sache wider diesen Angeklagten an den in besonderer Berathung hierzu in der Rathskammer designirten Assisenhof; verwirft dagegen das von Andreas Clever eingelegte Cassationsgesuch als unbegründet und verurtheilt denselben in die ihn betreffenden Kosten des gegenwärtigen Verfahrens.

Sitzung vom 26. März 1838.

Flüsse (nicht flößbare). — Privateigenthum.

Nicht flößbare Flüsse bilden keinen Gegenstand des Privateigenthums.

Oeffentliches Ministerium — Rottsieper,

Caspar Rottsieper, 57 Jahre alt, Hammerschmied auf'm Platz, Gemeinde Remscheid, wurde durch Contumazialurtheil des Polizeigerichts zu Ronsdorf vom 2. November vorigen Jahres wegen der ihm zur

Last gelegten Thathandlung: „am 20. Juni nämlichen Jahres Abends nach 8 Uhr in seinem Hammer geschmiedet und dadurch die Verordnung über den Gebrauch des Wassers des Morsbaches und der einfließenden Quellen vom 4. Mai vorigen Jahres übertreten zu haben", zu einer Geldbuße von fünf Thalern und zu den Kosten verurtheilt.

Auf den Einspruch des Beschuldigten hierwider, kam die Sache in der Sitzung vom ersten März dieses Jahres zur contradiktorischen Verhandlung. Er stellte vor: „der Morsbach und die darin einfließenden Quellen fließen über mein Eigenthum und sammeln sich sogar auf demselben in dem vor meiner Hammerwerkstätte befindlichen Teiche. Ich bin mithin nach dem bürgerlichen Gesetzbuche befugt, dieses Wasser so lange wie es auf meinem Eigenthume ist, nach meinem Bedürfnisse zu gebrauchen, weshalb ich auch an dem fraglichen Tage des Abends nach 6 Uhr in meiner Werkstätte geschmiedet, und mich hierzu des auf meinem Eigenthume befindlichen Wassers bedient habe. Ich glaube und behaupte deshalb nicht strafbar zu seyn, weil das bestehende Gesetz durch keine zur Abänderung der Gesetze befugte Behörde aufgehoben und die Königliche Regierung nicht ermächtigt ist, ein bestehendes Gesetz durch Verfügung aufzuheben."

Der Antrag ging auf Aufhebung des Contumazialurtheils und auf Freisprechung, und der des öffentlichen Ministeriums auf Verwerfung des Einspruchs.

Das Polizeigericht nahm den Einspruch als gegründet an, hob das Contumazialurtheil auf, und sprach den Beschuldigten von der ihm zur Last gelegten Zuwiderhandlung frei. Die Gründe sind:

„In Erwägung, daß die Handlung des Beschuldigten, weshalb derselbe im Strafwege zur Verantwortung gezogen, lediglich die Ausübung eines durch den Art. 644 des bürgerlichen Gesetzbuchs gesicherten Rechtes enthält, und aus diesem Grunde, dann aber auch aus dem ferneren Grunde eine Strafe ihn dieserhalb nicht treffen kann, weil die Königliche Regierung zu Düsseldorf, indem sie das bezogene Reglement vom vierten Mai vorigen Jahres erließ, als hierzu nicht competent erscheinen dürfte, da der Art. 645 des bürgerlichen Gesetzbuchs die Streitigkeiten der Betheiligten über die Benutzung des Wassers vor die Gerichte verwiesen und die Bestimmung des § 2. Nro. 3 des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 hier nicht Platz greifen kann, da es sich in dem vorliegenden Falle auf dem Morsbach um eine Bestimmung wegen Wasser-Staues und Vorfluth nicht handelt".

Gegen dieses Urtheil ergriff das öffentliche Ministerium die Berufung:

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Oberrevisions-Rathes Esser und den Antrag des Herrn General-Prokurators Eichhorn;

In Erwägung, daß der unter dem Tit. II. über das Eigenthum befindliche Art. 563 des bürgerlichen Gesetzbuchs verfügt, daß der Eigenthümer des Grund und Bodens, worüber, oder an welchem vorbei sowohl nicht flößbare als schiff- und flößbare Flüsse ihren neuen Lauf nehmen, das alte Bett als Entschädigung erhalten soll;

Daß also hiernach jener Eigenthümer eben so wenig Eigenthümer des neuen Flusses wird, als der Eigenthümer des Grund und Bodens, worüber oder an welchem vorbei solche Flüsse früher ihren Lauf hatten, ein Eigenthum an dem verlassenen Bette hat;

Daß folglich nicht flößbare Flüsse keinen Gegenstand des Privateigenthums bilden;

Daß der in dem angegriffenen Urtheile angeführte Artikel 644 des bürgerlichen Gesetzbuchs sich in dem Tit. IV. Kap. I über die Dienstbarkeiten, welche von der Ortslage herrühren, befindet und eben hierdurch den Satz: daß nicht flößbare Flüsse nicht Gegenstand des Privateigenthums sind, völlig bestätigt;

Daß der folgende Art. 645 in beziehender Verbindung mit dem Vorhergehenden durch die Bestimmung, daß die Gerichte bei Streitigkeiten zwischen Eigenthümern, denen solche Wässer nützlich seyn können, an die, über den Lauf und Gebrauch derselben erlassenen Partikular- und Lokalverordnungen gebunden seyn sollen, klar herausstellt, daß das Wasserbenutzungsrecht nur eine Dienstbarkeit an jenen Flüssen darstellt, und daß die Verwaltungsbehörden über die Art der Ausübung des Benutzungsrechts innerhalb der organischen Formen Polizeiverordnungen zu erlassen befugt sind;

Daß nun die auf den vorliegenden Fall bezogene Verordnung der Königlichen Regierung zu Düsseldorf vom 4. Mai vorigen Jahres grade polizeiliche Bestimmung über die Art der Benutzung des Wassers aus dem Morsbach als einem nicht flößbaren Flusse enthält;

Daß diese Verordnung, indem sie sich an das Gesetz anschließt, und auch von dem Ministerium des Innern und der Polizei genehmigt und später gehörig bekannt gemacht worden, jedenfalls nach dem § 32. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 bindende Kraft hat;

Daß folglich das Polizeigericht, indem es der Verordnung diese Kraft versagte, jene wie auch den § 32. des angeführten Reglements verletzt und den Art. 644 des bürgerlichen Gesetzbuchs falsch angewendet hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königliche Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Ronsdorf vom ersten März dieses Jahres und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

Verwirft er aus den aufgestellten Cassations-Gründen den von dem Beschuldigten gegen das Contumazialurtheil des Polizeigerichts zu Ronsdorf vom zweiten November vorigen Jahres erhobenen Einspruch, bestätigt sofort dieses Urtheil und verurtheilt den Beschuldigten zu den Kosten.

Sitzung vom 14. Mai 1838.

Unterschrift. — Anerkennung. — Geständniß. — Untheilbarkeit.

Obgleich bei Anerkennung der Unterschrift einer Urkunde Einwendungen gegen den Inhalt der Urkunde vorgebracht werden, so bilden diese doch kein untheilbares Geständniß in dem Sinne, daß deshalb die Urkunde nicht an sich als beweisend erachtet werden könnte.

Art. 1322 u. 1323 des B. G. B.

Gemeinde Rosellen — Schlangen.

Auf Grund eines Kauf-Aktes vom 30. April 1824, Inhalts dessen die Gemeinde Rosellen durch ihren Bürgermeister, mit höherer Geneh-

migung, ein Grundstück an Heinrich Schlangen, so wie an Cornelius Dahmen und Heinrich Matheisen für 120 Thaler verkaufte, wurden im Jahre 1829 die Letzteren, und zwar für Matheisen dessen Erben, von der Gemeinde beim Friedensgericht zu Dormagen auf Zahlung des Preises belangt. Das Gericht erklärte sich für incompetent. Durch Urtheil des Landgerichts zu Düsseldorf vom 27. März 1830 wurde jedoch die friedensrichterliche Competenz festgesetzt und die Sache an das Friedensgericht zu Neuß verwiesen.

An dieses wurden nun die Verklagten, mit Ausnahme des Dahmen geladen. Die Wittwe Matheisen und Werner Matheisen erkannten die Unterschrift ihres Ehemannes resp. Vaters unter dem Kauf-Akte nicht an. In Bezug auf Jakob Matheisen und den Heinrich Schlangen, die die Schuld, weil sie nichts gekauft hätten, in Abrede stellten, enthält das Urtheil des Friedensgerichts die Bemerkung, daß sie wegen der Unterschrift keine Einreden gemacht.

Durch Urtheil vom 17. September 1830 verwies das Friedensgericht die Untersuchung der Richtigkeit der von der Wittwe uud Werner Matheisen nicht anerkannten Unterschriften vor die competente Behörde und setzte die weitere Verhandlung und Entscheidung wegen der Hauptsache bis zur erfolgten Verifikation aus.

Die Gemeinde appellirte, gab den von Schlangen zu erlegenden Antheil am Kaufpreise auf 52 Thlr. 4 Sgr. 8 Pf. mit Zinsen vom 30. April 1824 an, und behauptete, daß gegen Jakob Matheisen und Schlangen habe erkannt werden müssen, weil sie die Unterschrift nicht denegirt. Matheisen schloß sich nun in zweiter Instanz der Denegation seiner Miterben an. Schlangen dagegen, indem er incidenter appellirte, erkannte seine Unterschrift unter dem Kauf-Akte zwar an, stellte jedoch auf, daß er diese Unterschrift lange vor dem 30. April 1824 in blanco zum Zwecke eines später nicht zu Stande gekommenen Privat-Aktes gemacht, daß er mit der Gemeinde in Verkaufsverhandlungen nicht gestanden, daß endlich der Akt ihm abhänden gekommen und nun von einem Fremden Namens seiner gemißbraucht seyn müsse. Indem er behauptete, daß dieses Geständniß nicht getheilt werden könne, bat er:

„Mit Aufhebung des Urtheils erster Instanz die Klage sammt Kosten abzuweisen.“

Durch Urtheil vom 20. April 1836 verwarf das Königl. Landgericht zu Düsseldorf die Hauptberufung und wies dem Antrage des Inzident-Appellanten gemäß die gegen ihn gerichtete Klage mit Kosten ab.

Die Gründe dieses Urtheils, so weit sie den Heinrich Schlangen betreffen, bestanden in Folgendem:

Es liege gegen den Schlangen kein Beweis oder auch nur ein Beweiserbieten des geschlossenen Kaufs weiter vor, als in dem produzirten Kaufakte. Die Unterschrift unter demselben sey zwar anerkannt, allein mit dem Zusatze, daß er sie in blanco zu andern Zwecken geleistet habe. Hierin liege ein qualifizirtes Geständniß, welches nach Art. 1356 des B. G. B. nicht getheilt werden könne und daher nichts beweise, so daß also gegen Schlangen kein Beweis vorliege. Es könnten zwar die Fragen entstehen, ob die Behauptung des Schlangen nicht eine von ihm zu erweisende exceptio doli gewesen, und ob er nicht, um die Urkunde von 1824 anzufechten, sich habe en faux inscribiren lassen? Allein abgesehen davon, daß die Gemeinde dieserhalb nichts vorgebracht, sey in Betracht zu ziehen, daß, wie es wörtlich heißt: „der Art. 1116 des

B. G. B., welcher der Vermuthung des Betruges entgegentritt, nur von dem Falle redet, wenn ein Vertrag wirklich auf Grund eines vorgefallenen Betruges zu Stande gekommen ist," ein Fall, der hier nicht vorhanden sey, weil Schlangen die Existenz eines Vertrages in Abrede stelle. Was aber die inscription en faux betreffe, so setze sie nach den Art. 214 seq. immer ein Falsum voraus, welches in der materiellen Verfälschung der Schrift oder Unterschrift einer Urkunde bestehe, welcher Fall hier nicht vorliege, daher denn weder die Vorschrift des Artikels 1116 des B. G. B., noch die der Art. 214 seq. der B. P. O. hier zur Anwendung kämen.

Gegen dieses Urtheil legte die Gemeinde Rosellen den Cassations-Rekurs ein wegen Verletzung der Art. 1322 bis 1324, 1354, 1356 und 1116 des B. G. B. Zur Unterstützung des Rekurses wurde Folgendes angeführt:

Eine Urkunde, deren Unterschrift anerkannt sey, beweise nach Artikel 1322 gegen den Aussteller vollständig. Ein solches Anerkenntniß habe vorgelegen und daher habe man die Gemeinde nicht abweisen können. Der Art. 1323 fordere eine bestimmte Erklärung des angeblichen Ausstellers, daß er die Unterschrift anerkenne oder leugne, und wenn das Letztere geschehe, trete das Verifications-Verfahren ein (Artikel 1324). Es könne also in Fällen solcher Art von einem Geständnisse im Sinne der Art. 1354 seq. gar nicht die Rede seyn, vielmehr käme es lediglich darauf an, ob die Unterschrift ächt oder nicht ächt sey und nur hierüber trete im Falle der geleugneten Aechtheit Beweis ein. Stehe aber die Aechtheit der Unterschrift fest, so sey der Akt selbst beweisend. Daher habe denn auch die Gemeinde ihren Anspruch nur auf den Kaufakt gestützt und mit Unrecht habe das Landgericht angenommen, daß die Erklärung über die Unterschrift ein qualifizirtes Geständniß und daher dem Art. 1356 des B. G. B. unterworfen sey.

Selbst, wenn die Anerkennung einer Urkunde als Geständniß zu betrachten sey, habe jedenfalls doch in casu die Gemeinde nicht ohne Weiteres abgewiesen werden können, sondern es habe, wenn man die Erklärung des Schlangen nicht als unbedingte Anerkennung der Unterschrift betrachte, nach Art. 1323, 1324 l. c. die Verification verordnet werden müssen.

Die Behauptung des Cassationsverklagten, daß die Unterschrift in blanco geschehen, bilde überdies keine Beschränkung des Anerkenntnisses oder Geständnisses, sondern es sey seine Aufstellung eine wirkliche exceptio doli, welche der Verklagte der Gültigkeit des in der Urkunde enthaltenen Kaufs entgegengesetzt und die er nach Art. 1116 habe beweisen müssen, eine Gesetzesstelle, die allerdings hier Anwendung finden müsse, da ein durch Unterschrift vollzogener Vertrag vorliege, der eben erst wegen Betrugs habe entkräftet werden sollen.

Es ward daher angetragen:

„Das angefochtene Urtheil zu cassiren, die Rückgabe der Succumbenzgelder zu verordnen und in der Sache selbst erkennend, auf die Berufung der Cassationsklägerin den Schlangen zur Zahlung von 52 Thlr. 4 Sgr. 6 Pf. nebst Zinsen und in die Kosten zu verurtheilen."

Der Cassationsverklagte erwiederte hierauf durch den Herrn Justizrath Sandt:

Jene Artikel sprächen aber nicht von dem Falle, wo Jemand blos seine Unterschrift anerkennen, nicht aber den Akt, weil dieser durch Mißbrauch eines Blanquets entstanden; einen solchen Einwand schlößen sie nicht aus und wenn er bei Anerkennung der bloßen Unterschrift gemacht werde, so bilde er allerdings mit dieser ein qualifizirtes Geständniß, welches nicht zu theilen sey. Daher denn die angeführten Artikel nicht verletzt und der Art. 1356 richtig angewendet sey.

Hierzu komme, daß der Akt nach Art. 1325 ungültig sey, weil er, obgleich Privatakt, doch nicht in so vielen Originalien ausgefertigt worden, als Theilhaber gewesen. Sey auch von dieser Einrede bis jetzt noch keine Erwähnung geschehen, so könne sie doch, da sie bei Vergleichung des Aktes mit dem Gesetze klar begründet sey, noch zur Unterstützung der Gründe des angefochtenen Urtheils vorgebracht werden.

Selbst, wenn endlich die Cassation des angefochtenen Urtheils ausgesprochen werden könnte, würde dennoch in der Hauptsache höchstens die Bestätigung des Urtheils erster Instanz erfolgen können, indem über den Betrag dessen, was Schlangen zu dem gegen Mehrere geforderten Kaufpreise beitragen müsse, noch nicht verhandelt sey, diese Verhandlung vielmehr in erster Instanz noch vorbehalten sey, bei welcher auch noch über die Verpflichtung zur Zinsenzahlung und die Verjährung eines Theiles derselben, allen Verklagten gegenüber zu erkennen sey.

Es ward gebeten:

„Den Rekurs mit Kosten zu verwerfen, eventualiter aber, unter Verwerfung des Antrages der Cassationsklägerin zur Hauptsache, das Urtheil erster Instanz zu bestätigen und dieselbe in die diesfällige Kosten zu verurtheilen."

In der öffentlichen Sitzung erstattete der Herr Geheime Oberrevisionsrath Jähnigen den Vortrag.

Die Herren Geheimer Justizrath Reinhardt, Anwalt der Cassationsklägerin, und der Herr Justizrath Kunowski, Namens des durch Krankheit behinderten Herrn Justizrathes Sandt, Anwalts des Cassationsverklagten, machten ihre gegenseitigen Bemerkungen zur Unterstützung resp. Entkräftung des Cassationsgesuches;

Der Herr General-Prokurator Eichhorn wurde in seinem Antrage gehört, und, nach vorheriger Berathschlagung, wurde verkündigt folgendes

Urtheil:

J. E., daß der Artikel 1323 des bürgerlichen Gesetzbuchs demjenigen, welchem eine Urkunde unter Privatunterschrift, als von ihm ausgegangen, entgegengesetzt wird, die Verbindlichkeit auferlegt, bestimmt (formellement) die Unterschrift anzuerkennen oder abzuleugnen und daß der Art. 1322 ibid. einer solchergestalt anerkannten Urkunde unter den Parteien die Beweiskraft einer authentischen Urkunde beilegt;

Daß aus dem Zusammenhange beider Verfügungen unzweifelhaft hervorgeht, daß Einwendungen gegen den Inhalt der Urkunde mit dem Anerkenntnisse derselben nichts gemein haben sollen;

Daß hieraus die Anwendbarkeit des Art. 1356 am angeführten Orte über die Unzulässigkeit der Theilung der Geständnisse nothwendig folgt, und der Beweis der Einwendungen gegen den Inhalt der Unterschrift nach anerkannten Privaturkunden nach Art. 1315 ibid. demjenigen obliegt, welcher auf diese Einreden sich stützt.

J. E., daß der Cassationsverklagte nach dem angefochtenen Urtheile seine Unterschrift unter dem Kaufakte vom 30. April 1824 anerkannt hat, und dieser Akt daher nach den vorstehenden Motiven um so mehr gegen ihn als vollkommen beweisend anzusehen war, als er den Beweis seiner Behauptung: seine Unterschrift nur in blanco zu einem andern Zwecke ertheilt zu haben, nicht einmal erboten hatte;

Daß mithin das angefochtene Urtheil, indem es dem Anerkenntnisse der Unterschrift jenes Aktes auf den Grund des Art. 1356 l. c. die Beweiskraft entzog, diesen falsch angewendet und die Art. 1322 u. 1323 verletzt hat;

Daß die Frage: ob der Akt nach Art. 1325 als nichtig zu betrachten? im gegenwärtigen Verfahren nicht zur Sprache kommen kann, da ein diesfälliger Einwand vor den Instanzrichtern nicht erhoben, noch darüber von ihnen entschieden worden ist.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Königlichen Landgerichts zu Düsseldorf vom 20. April vorigen Jahres, so weit dasselbe in Ansehung des Cassationsverklagten Schlangen erlassen worden ist, verordnet die Rückgabe der Succumbenzgelder, die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten und verurtheilt den Cassationsverklagten in die Kosten des gegenwärtigen Verfahrens.

Und indem er sodann zur Sache selbst erkennt:

J. E., daß Verklagter Schlangen seine Unterschrift unter dem Akte vom 30. April 1824 anerkannt, den von ihm vorgebrachten Einwand, die Unterschrift nur in blanco zu einem andern Zwecke ertheilt zu haben, aber weder bewiesen, noch Beweis dieserhalb erboten hat; daß nach den vorstehenden Motiven eben deshalb der gedachte Akt an sich als beweisend zu erachten;

Daß daher jenes Anerkenntniß zu beurkunden und die von Schlangen eingelegte Inzidentberufung zu verwerfen ist;

Daß, was die Hauptberufung betrifft, eine Verurtheilung des Appellaten Schlangen zur Zahlung der speziell von ihm geforderten zwei und fünfzig Thaler vier Silbergroschen acht Pfenningen in erster Instanz eben so wenig erfolgen konnte, als sie jetzt schon erfolgen kann, indem diese spezielle Forderung in erster Instanz nicht angebracht war, und über die Antheile derjenigen am Preise, welche gemeinschaftlich als Käufer in dem Akte vom 30. April 1824 angegeben sind, erst nach Feststellung ihrer Qualität als Mitkäufer, unter Zuziehung Aller entschieden werden kann, weshalb das Urtheil erster Instanz mit Recht die weitere Verhandlung und Entscheidung in der Hauptsache vorbehalten hat.

Aus diesen Gründen

beurkundet der Königl. Revisions- und Cassationshof der Appellantin, daß Appellat Schlangen seine Unterschrift unter dem Kaufakte vom 30. April 1824 anerkannt hat; verwirft übrigens die eingelegte Haupt- und Inzident-Berufung als ungegründet und verurtheilt die Gemeinde Rosellen in die Succumbenzgelder zweiter Instanz, indem er die in derselben entstandenen Kosten unter den Parteien compensirt.

Sitzung vom 13. Februar 1838.

Beschlag. — Verwahrer. — Recolement.

Die durch den Art. 606 der B. P. O. vorgeschriebene Revision (das Recolement) der verwahrten Gegenstände braucht nach ertheilter Entlastung von Seiten der dazu befugten Personen nicht zu geschehen, falls die Beschlagnahme rechtskräftig aufgehoben worden und die Bestellung eines neuen Verwahrers nicht statt findet.

Art. 605 und 606 der B. P. O.

Heib — Lichtendahl.

Auf Anstehen des Streuerboten Lichtendahl wurden am 28. Juni 1833 die auf dem Halme stehenden Früchte des Mathias Vidua von Bescheid in Beschlag gelegt und der Feldhüter Heib zum Verwahrer bestellt. Einspruch gegen diese Beschlagnahme von Seiten der Eheleute Joseph Resch und Maria Vidua aus Bescheid, weil die in Beschlag gelegten Früchte ihnen und nicht dem Arrestaten Mathias Vidua gehörten, zufolge eines Pachtvertrages, den sie mit dem Arrestaten Mathias Vidua zum ausschließlichen Genuß ihres gemeinschaftlichen Eigenthums, worauf jene Früchte gestanden, abgeschlossen hätten.

Der Rheinische Appellationsgerichtshof nahm in zweiter Instanz durch Urtheil vom 30. Juni 1834, mittelst Aufhebung des Urtheils erster Instanz, jenen Einspruch für gegründet an, und vernichtete zum Vortheil der Opponenten die ganze Beschlagnahme.

Heib ließ nun auf Präsidial-Ordonnanz vom 3. September 1835 den Lichtendahl in die Referatssitzung des Königl. Landgerichts zu Trier vom 19. nämlichen Monates vorladen, um auf Entlastung als Verwahrer und auf Festsetzung seiner Gebühren auf 63 Thlr. 5 Sgr. für den Zeitraum seit dem 28. Juni 1833 (Tag der Beschlagnahme) bis zum 30. Juni 1834 (wo das Appellationsurtheil erlassen wurde) antragen zu hören. Er nahm diesen Antrag in jener Sitzung und Lichtendahl erklärte: daß er gegen die beantragte Entlastung nichts einzuwenden habe. Dieser Erklärung trat auch der ebenfalls erschienene Arrestat Mathias Vidua bei. In Ansehung der Verwahrungsgebühren aber erklärte Lichtendahl, daß er, weil seine Acten noch nicht von Cöln zurück wären, sich auf die Gebühren nicht einlassen könne, und daß er jedenfalls deren Höhe bestreite. Der Präsident ertheilte den Partheien Urkunde darüber, daß Lichtendahl gegen die Entlastung des Cassationsklägers als Verwahrer nichts erinnere und vertagte die Sache zur Festsetzung der Gebühren auf den 17. October nämlichen Jahres. Auf die von dem Heib durch Act des Gerichtsvollziehers Schmitz vom 5. December 1835 an den Arrestaten Mathias Vidua geschehene Aufforderung erklärte dieser, daß er die in Beschlag genommenen Früchte aus den Händen des Heib empfangen habe, und an ihn gar keine Ansprüche mehr habe. Ebenso erklärten die Eheleute Resch und Peter Vidua auf die von dem Heib durch Act des Gerichtsvollziehers Massing vom 6. April 1836 an sie ergangene Aufforderung, daß sie ihren Antheil an den in Beschlag genommenen Früchten nach dem angeführten Appellationsurtheil aus den Händen des Heib erhalten, und dieserhalb keine Ansprüche mehr zu machen hätten,

wie sie ihm ihrerseits davon décharge ertheilten. Unter Mittheilung der Referats-Ordonnanz vom 19. September 1835 und der Gebühren-Liquidation ließ der Heib den Lichtendahl am 18. Juni vorigen Jahres an das Landgericht zu Trier laden auf Zahlung der zu 63 Thlr. 5 Sgr. liquidirten Verwahrungsgebühren. Allein das Landgericht wies durch Urtheil vom 5. Januar v. J. den Heib mit der Klage sammt Kosten ab und zwar aus folgenden Gründen: die durch den Art. 606 der bürgerl. Gerichtsordnung vorgeschriebene Revision (récolement) der gepfändeten Gegenstände habe nicht Statt gefunden. Zwar hätten die Eheleute Resch, denen der Reinische Appellationsgerichtshof durch sein Urtheil vom 30. Juni 1834 das Eigenthum der gepfändet gewesenen Gegenstände zuerkannt habe, wie auch der frühere Intervenient Peter Vidua und der Arrestat Mathias Vidua dem Heib auf dessen Aufforderungen vom 5. December 1835 und 6. April 1836 erklärt, ihren Antheil an jenen Gegenständen nach erfolgter Entscheidung des Appellationsgerichtshofes zurückerhalten und den Kläger Heib entlastet zu haben; allein solche dem Verklagten völlig fremde Bescheinigungen dürften dessen Interesse, welches er an der Höhe der durch ihn an den Kläger zu zahlenden Verwahrungsgebühren nothwendig haben müsse, nicht beeinträchtigen. — Habe auch ferner der Kläger subsidiarisch den Beweis darüber erboten: „daß er die gepfändeten Früchte eingescheuert und so lange bewahrt habe, bis durch das Urtheil des Appellations-Gerichtshofes die Pfändung vernichtet worden", so sey dieser Beweis nicht zulässig gegen den Artikel 606 der B. G. O., welcher nach zugelassener Entlastung des Verwahrers vor Allem eine Revision der verwahrten Gegenstände in Gegenwart der hinzugerufenen Partheien erfordere.

Der zum Armenrecht verstattete Heib griff dieses Urtheil an wegen Verletzung des Kosten-Tarifs, des Decrets vom 16. Februar 1807, so wie der Art. 602—607 und 628 und folgender der B. G. O. und wegen Machtüberschreitung. Sein Anwalt, Herr Justizrath Sandt, trug zur Rechtfertigung folgendes vor: daß durch den § 2. des Art. 606 vorgeschriebene Recolement sey nicht unter Strafe der Nichtigkeit vorgeschrieben; es sey auch überflüssig gewesen, indem der Cassationskläger von den Eheleuten Resch entlastet worden und vermöge des Appellationsurtheils vom 30. Juni 1834 dem Cassationsverklagten nichts zu repräsentiren gehabt habe. Aller Grund zum Recolement falle also weg. Der Cassationsverklagte habe auch nicht behauptet, daß bei der Uebergabe Seitens des Cassations-Klägers an jene Eheleute Gegenstände gefehlt hätten, oder daß ein Schaden entstanden wäre, vielweniger habe er dies nachgewiesen. Sollte auch das Recolement zur Ueberzeugung führen, ob dem Beschlag Gegenstände entzogen worden, so sey dadurch jeder anderweitige Beweis, der zu jenem Zwecke führe, nicht ausgeschlossen.

Hierauf erwiederte der Cassationsverklagte durch seinen Anwalt, Herrn Justizrath Kunowski: das Recolement einzig und kein anderes Beweismittel diene dazu, um zu wissen, wie lange die Verwahrung gedauert, und hiernach die Höhe der Gebühren zu bestimmen. Ein solcher Beweis habe dem Cassationskläger obgelegen, Art. 26 des Kostentarifs vom 16. Februar 1807 und Art. 1315 des B. G. B. Die Erklärung dritter Personen wie der Eheleute Resch habe nicht die mindeste Beweiskraft gegen den Cassationsverklagten, Art. 1319, 1320, 1322 u. 1341 des B. G. B. Die von dem Cassationsverklagten ertheilte Ent-

lastung könne ein fehlendes Anerkenntniß über die Dauer der Verwahrung nicht ersetzen, indem gemäß Art. 606 der B. G. O. das Recolement erst nach der Entlastung (décharge) folge. Sey es auch zweifelhaft, ob das Recolement als einziges Beweismittel über die Dauer der Verwahrung zu betrachten sey, so sey der Zeugenbeweis über 63 Thlr. 5 Sgr. nach Art. 1341 des B. G. B. nicht zulässig.

Der Antrag des Cassationsklägers ging dahin:

Das angegriffene Urtheil vom 5. Januar 1837 zu cassiren, und in der Sache selbst sprechend, dem für den Cassationskläger früher genommenen und in dem angegriffenen Urtheile enthaltenen Antrage gemäß, zu erkennen, und den Cassationsverklagten in sämmtliche bisherige Kosten zu verurtheilen und die Distraction der hierselbst aufgegangenen Kosten aber zum Vortheil des Anwalts Sandt zu verordnen.

Der Antrag des Cassationsverklagten ging auf Verwerfung des Cassationsgesuches mit Strafe und Kosten.

In der öffentlichen Sitzung erstattete der Herr Geheime Oberrevisionsrath Esser den Vortrag;

Die Herren Justizräthe Sandt und Kunowski machten ihre gegenseitigen Bemerkungen, jener zur Unterstützung, dieser zur Entkräftung des Cassationsgesuchs;

Der Herr General-Prokurator Eichhorn wurde in seinem Antrage gehört, und, nach vorheriger Berathschlagung wurde verkündigt folgendes

Urtheil:

J. E., daß der von dem Cassationsverklagten am 28. Juni 1833 auf die, auf dem Halme stehenden Früchte des Mathias Vidua von Bescheid angelegte Beschlag durch unabänderlich rechtskräftiges Urtheil des Rh. Appellationsgerichtshofes vom 30. Juni 1834 zum Vortheil der Eheleute Resch aus Bescheid, welche als Eigenthümer jener Früchte Einspruch gegen die Beschlagnahme erhoben hatten, vernichtet worden;

Daß mithin von der Versteigerung jener Früchte auf den Grund der Beschlagnahme die Rede nicht seyn konnte;

Daß die in dem angegriffenen Urtheile aufgestellte Behauptung, daß weil die im September 1835 von dem Cassationsverklagten dem Cassationskläger, als Verwahrer der gepfändeten Gegenstände bewilligte Entlastung (décharge) von einer durch den Art 606 der B. G. O. vorgeschriebenen Revision (récolement) jener Gegenstände nicht begleitet worden, die von den Eheleuten Resch, dem frühern Intervenienten Pet. Vidua und dem Arrestaten Mathias Vidua seit dem Appellationsurtheile vom 30. Juni 1834 dem Cassationskläger auf dessen Aufforderungen vom 5. Dezember 1835 und 6. April 1836 abgegebenen Erklärungen, ihren Antheil an jenen Gegenständen rückerhalten, und den Cassationskläger entlastet zu haben, als dem Cassationsverklagten völlig fremde Bescheinigungen dessen Interesse an der Bestimmung der Höhe der durch ihn an den Cassationskläger zu zahlenden Verwahrungsgebühren nicht beeinträchtigen dürften, — zunächst auf die Frage führt: ob dann wirklich der vorliegende Fall durch den Art. 606 der bürgerlichen Gerichts-Ordnung vorgesehen sey?

J. E., daß der bestellte Verwahrer nach Art. 605 der B. G. O. 1) seine Entlastung fordern kann, wenn die Versteigerung an dem, in

3*

dem Beschlagnahme-Protokoll bestimmten Tage, ohne daß ein Hinderniß in den Weg getreten wäre, nicht Statt gefunden hat, und 2) im Falle eines eingetretenen Hindernisses, 2 Monate nach der Beschlagnahme seine Entlastung fordern kann;

Daß in beiden Fällen es dem pfändenden Gläubiger vorbehalten bleibt, einen andern Verwahrer bestellen zu lassen;

Daß der folgende Art. 606 unmittelbar nach seiner Verfügung, gegen Wen, wie und wo das Gesuch um Entlastung anzubringen sey, bestimmt, daß, wenn diese ertheilt sey, vorläufig die Revision (récolement) der gepfändeten Gegenstände vorgenommen werden soll;

Daß, sobald dies geschehen ist, in beiden Fällen des Art. 605 eben weil die Beschlagnahme fortdauert, die Bestellung eines neuen Verwahrers nach Art. 597 der B. G. O. in Verbindung mit dem Artikel 35 des Dekrets vom 16. Februar 1811, sey es auf oder ohne Ansuchen des pfändenden Gläubigers durch den Schuldner selbst oder den Gerichtsvollzieher geschehen muß;

Daß, wenn nun der Art. 605 von der Befugniß des Verwahrers zur Entbindung von seinem Auftrage spricht, und der Art. 606 in Verbindung mit dem angeführten Art. 35 als Folge einer solchen Entlastung und zum Zwecke der Ueberlieferung der gepfändeten Gegenstände an den neuen Verwahrer die Revision derselben vorschreibt, hieraus offenbar folgt, daß der Art. 606 in Ansehung dieser Revision, indem er mit deren Zweck die Fortdauer der Beschlagnahme nothwendig voraussetzt, auf den vorliegenden Fall, wo die Beschlagnahme zur Zeit des Gesuches um Entlastung durch das Appellations-Urtheil vom 30. Juni 1834 unabänderlich rechtskräftig vernichtet war, und nicht mehr bestand, und es sich um die Bestellung eines neuen Verwahrers nicht handeln konnte, durchaus nicht zur Anwendung kommen durfte;

Daß auch der Fall der durch die Art. 611 u. 612 der B. G. O. vorgeschriebenen Revision nicht vorhanden war, indem diese Gesetze, wie der Art. 606 die Fortdauer der Beschlagnahme voraussetzen, dann aber auch, in ganz anderer Sphäre sich bewegend, den Fall vorsehen, wo Gläubiger des schon gepfändeten Schuldners mittels Einspruchs zur Geltendmachung ihrer Forderungen aus dem Steigpreise der gepfändeten Gegenstände sich der Beschlagnahme anschließen;

Daß, wäre der Einspruch der Eheleute Resch gegen die Beschlagnahme vom 28. Juni 1833, statt angenommen, vielmehr verworfen und diese aufrecht erhalten worden, alsdann der durch den Art. 616 der B. G. O. vorgesehene Fall der Revision eingetreten seyn würde, welche der Versteigerung vorangehen muß, und nur die Bezeichnung dessen, was an den gepfändeten Gegenständen fehlt, zu enthalten braucht, und die Abnahme derselben aus dem Gewahrsam des Verwahrers sowohl zu seiner Entlastung als zur Abführung jener Gegenstände nach dem zur Versteigerung bestimmten Marktplatze zum Zwecke hat;

Daß nun aber die Beschlagnahme rechtskräftig aufgehoben war, mithin der Art. 616 eben so wenig wie der Art. 606 hätte zur Anwendung kommen können;

Daß der Art. 1962 des B. G. B. für beide Fälle, nämlich wo die Beschlagnahme noch besteht oder nicht mehr besteht, verfügt, daß der gerichtliche Verwahrer die gepfandeten Gegenstande, sey es zur Entlastung

des pfändenden Gläubigers für die Versteigerung (Art. 616 der B. G. O.) oder wenn, wie in dem vorliegenden Falle, die Beschlagnahme aufgehoben ist, derjenigen Partei, gegen welche sie im Exekutiv-Wege Statt gefunden hatte, vorzeigen müsse;

Daß nun aber der Cassationskläger, so wie es in dem angegriffenen Urtheile thatsächlich festgestellt ist, nach Aufhebung der Beschlagnahme sowohl von dem gepfändeten Schuldner, als von denjenigen, welchen auf ihren Einspruch gegen die Beschlagnahme hin das Eigenthum an den gepfändeten Gegenständen zuerkannt worden, mit der Erklärung, daß sie dieselben von ihm empfangen hätten, seine Entlastuug erhalten hat;

Daß mithin jene, als von befugten Personen, abgegebene Erklärung nach dem zweiten, außerhalb der Bestimmungen der Art. 605, 606, 611, 612 u. 616 der B. G. O. liegenden, Satze darin dem Art. 1962 des B. G. B. gestellten Alternative von solcher Wirkung erscheint, daß der Cassationsverklagte als pfändender Theil nach dem letzten alinea des angeführten Art. 1962 dem Cassationskläger als Verwahrer die durch das Gesetz festgestellten Gebühren zu zahlen verbunden ist;

Daß sofort das Landgericht, indem es den Cassationskläger mit der Klage auf Zahlung jener Gebühren abwies, den Art. 606 der B. G. O. falsch angewendet hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Trier vom 5. Januar 1837, verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheis am Rande des Cassirten, und verurtheilt den Cassationsverklagten zu den Kosten, verordnet die Distraction der Kosten zum Vortheil des Herrn Justizrathes Sandt.

Und, indem er in der Sache erkennt:

J. E., daß der Verklagte nach den aufgestellten Cassationsgründen zur Zahlung der Verwahrungsgebühren verbunden ist;

Daß, indem der Kläger vor dem Appellationsurtheile vom 30. Juni 1834 weder als Verwahrer entlastet, noch viel weniger ein neuer Verwahrer bestellt worden, bis zum Beweise des Gegentheils als feststehend anzunehmen ist, daß er auch bis dahin die gepfändeten Gegenstände verwahrt habe;

Daß der Verklagte den Beweis des Gegentheils nicht erboten hat;

Daß sogar der Kläger nach den aufgestellten Cassationsgründen zufolge Art. 1962 des B. G. B. in Ansehung der gepfändeten Gegenstände von ganz befugten Personen gehörig entlastet worden;

Daß folglich der Verklagte verbunden ist, ihm die Verwahrungsgebühren seit der Beschlagnahme vom 28. Juni 1833 bis zu dem Appellationsurtheile vom 30. Juni 1834 im Betrage von 63 Thlr. 5 Sgr. mit Zinsen vom Tage der Klage zu zahlen.

Aus diesen Gründen

verurtheilt der Königl. Revisions- und Cassationshof den Verklagten Lichtendahl an den Kläger Heib die Summe von 63 Thlr. 5 Sgr. für Verwahrungsgebühren mit Zinsen vom Tage der Klage (18. Juni 1836) zu zahlen und zu den Kosten.

Sitzung vom 14. Mai 1838.

Forstpolizeisache. — Freisprechende Erkenntnisse. — Berufung.

In Forstpolizeisachen ist auch gegen Freisprechungs-Urtheile die Berufung zulässig.

Oeffentliches Ministerium — Melchisedeck.

Auf Grund eines von dem Förster des Reviers Butzweiler am 25. März 1837 aufgenommenen Frevelprotokolls wurde die Christine geborne Becker, Ehefrau des Johann Melchisedeck in Zurlauben, durch Ladung des Gerichtsvollziehers Schuler vom 5. Juni 1837 vor das Forstpolizeigericht des Stadtkreises Trier geladen, und daselbst angeschuldigt, an gedachtem 25. März in dem den Hospitien zu Trier gehörigen Keckelsberger Walde eine Traglast dürres Laub gescharrt und entwendet zu haben. Die Beschuldigte schützte die Verjährung vor, das öffentliche Ministerium trug an, sie nach Art. 12 und 28 des Tit. 32 der Ordonnanz von 1669 in eine Strafe von 1 Thlr. 9 Sgr. 4 Pf. und in die Kosten zu verurtheilen.

Der Forst-Polizeirichter aber in Erwägung, daß zwischen den Tagen des am 25. März begangenen nnd durch das Frevelprotokoll beurkundeten Frevels und der erst am 5. Juni geschehenen Vorladung die durch Art. 8 Sect. 7 Tit. 1 des Gesetzes vom 8. September 1791 festgesetzte Präscriptionsfrist verstrichen sey, vernichtete das Frevelprotokoll vom 25. März, so wie die Ladung vom 5. Juni 1837 und sprach die Beschuldigte von der Klage frei.

Gegen dieses am 3. Juli 1837 verkündigte Erkenntniß legte die Forstverwaltung am 4. Juli Appellation ein und die Appellatinn wurde zur Sitzung des Zuchtpolizeigerichts in Trier vom 8. September 1837 vorgeladen, worin sie auch erschien. Die Forstverwaltung und das öffentliche Ministerium trugen darauf an, das angegriffene Erkenntniß zu reformiren und unter Verwerfung der Verjährungseinrede die Appellatinn nach Art. 12 Tit. 32 der Ordonnanz von 1669 zu 5 Franken Strafe, 2 Sgr. Schadensersatz und in die Kosten zu verurtheilen.

Das Zuchtpolizeigericht aber verwarf die eingelegte Appellation als unstatthaft und zwar aus folgenden Gründen:

Durch § 4. der über die Competenz der Friedensgerichte ergangenen Königl. Verordnung vom 7. Juni 1821 sey den Polizeigerichten, mit Ausschluß aller andern Gerichte, über alle Forstfrevel, welche nur eine Geldstrafe oder eine Gefängnißstrafe von höchstens 5 Tagen nach sich ziehen, die Competenz ertheilt, und durch § 7. sey bestimmt worden, daß wider die von den Polizeigerichten in Forstsachen ausgesprochenen Erkenntnisse die Appellation nur nach Maßgabe des Art. 172 der Criminalproceßordnung Statt finden solle. Da nun nach diesem Art. 172 in Polizeisachen die Appellation nur dann Statt finde, wenn Gefängnißstrafe oder Geldbußen, Wiedererstattungen und andere Civilentschädigungen im Betrage von mehr als 5 Franken erkannt worden, nicht aber gegen freisprechende Erkenntnisse, so könnte folglich auch in jenen Forstpolizeisachen gegen Freisprechungsurtheile die Appellation nicht zulässig seyn, sondern allein der durch Art. 413 und 418 der Criminalproceßordnung offengelassene Cassationsrekurs. Durch § 7. der Königl.

Verordnung sey der Maßstab für die Appellation definitiv nach Art. 172 der Criminalproceßordnung festgesetzt worden, und wenn sodann § 8. ausdrücklich verfüge, daß im Uebrigen es sowohl in Ansehung dieses als der übrigen Rechtsmittel und in Betreff der Form des Verfahrens bei den bisherigen Gesetzen sein Bewenden haben solle, so gebe schon der Ausdruck übrigens deutlich zu verstehen, daß hier nicht mehr von früheren Gesetzen in Rücksicht der appellabeln Gegenstände, welche schon festgesetzt waren, die Rede habe seyn können, sondern daß vielmehr alles Andere und die Art der Berufung beibehalten, somit auch in diesem § 8. das durch Art. 413 und 418 der Cr P. O. gegebene Rechtsmittel des Cassationsgesuches aufrecht habe erhalten werden sollen.

Gegen dieses die Appellation also für unstatthaft erklärende Erkenntniß des Zuchtpolizeigerichts, das am 8. September 1837 verkündigt wurde, meldete noch an selbigem Tage das öffentliche Ministerium ein Cassationsgesuch an, das am 5. October auch der Beschuldigten zugestellt wurde, und zu dessen Rechtfertigung sich das öffentliche Ministerium auf die in der Materie früher wiederholt ergangenen Entscheidungen des Cassationshofes bezog.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Oberrevisions=Rathes von Meusebach und den Antrg des Herrn Generalprokurators Eichhorn.

Nach Einsicht der § § 4. 7. und 8. der über die Competenz der Friedensgerichte in den Rheinprovinzen ergangenen Königl. Verordnung vom 7. Juni 1821 so wie der Art. 172, 179, 199 und 202 Nr. 3 und 4. der Cr. P. O.

J. E., daß, wenn der § 7. der Königl. Verordnung vom 7. Juni 1821, wie das Landgericht zu Trier in seinen Entscheidungsgründen aufstellt, wirklich ausgesagt hätte, daß die Appellation wider die forstpolizeigerichtlichen Erkenntnisse nur nach Maßgabe des Art. 172 der Cr. P. O. Statt finden solle, dann allerdings angenommen werden müßte, daß der höchste Gesetzgeber das bis dahin der Forstverwaltung und dem öffentlichen Ministerium in allen Forstfrevelsachen zugesicherte Recht der Appellation allein auf die im Art. 172 der Cr. P. O. bezeichneten Fälle habe einschränken wollen.

J. E. jedoch, daß der gedachte § 7. sich durchaus nicht so eingeschränkt, wie das Landgericht zu Trier irrig annimmt, ausgedrückt hat, und daß — wenn auch der Ausdruck „nach Maßgabe der Cr. P. O. Art. 172" die Frage noch in einigem Zweifel läßt — doch der folgende § 8. diesen Zweifel hebt und ausdrücklich bestimmt, es solle übrigens in Ansehung der Appellation ebensowohl, als in Ansehung der übrigen Rechtsmittel bei den bisherigen Gesetzen sein Bewenden haben.

J. E., daß diese bisherigen Gesetze, namentlich die Art. 199 und 202 der Cr. P. O., das Recht jener Appellation der Forstverwaltung und dem öffentlichen Ministerium in allen Forstfrevelsachen beigelegt hatten, und daß, wenn es bei diesem im Interesse der Wald= und Landeskultur und für das ganze gemeine Wesen so höchst wichtigem Rechte nicht ferner sein Bewenden hätte haben sollen, dies durchaus nur durch eine direkte, klare und ausdrückliche Bestimmung, keinesweges durch bloße Beziehung auf einen Artikel der Criminalproceßordnung, welcher eine Ausschließung des Appellationsrechtes in andern als darin genannten Fällen nur schließen läßt, angeordnet werden konnte;

Daß hiernach der wahre Sinn des § 7. mehrgedachter Königl. Verordnung kein weiterer ist, als der: 1) „wie schon der Art. 172 der Cr. P. O. in einfachen Polizeistrafsachen eine Appellation zuläßt, so soll auch in forstpolizeigerichtlichen Sachen die Appellation statthaft seyn", während der folgende § 8. besagt, daß diese Appellation ganz wie auch die andere Rechtsmittel nach den bisherigen Gesetzen Statt finden soll;

J. E., daß diese Auslegung der Königl. Verordnung vom 7. Juni 1821 durch die von dem Landgerichte zu Trier in seinen Entscheidungsgründen versuchte abweichende Erklärung des § 8. der Verordnung um so weniger wirklich widerlegt ist, als diese Erklärung eines Theiles auf eine dem § 7. ganz irrig verliehenen Einschub des Wortes nur basirt ist, anderes Theils aber, das nach dem § 8. ferner Gültigbleibende der bisherigen Gesetze selbst nicht weiter als mit dem äußerst unbestimmten Ausdrucke: „Alles Andere und die Art der Berufung", zu bestimmen weiß;

Daß also auch nach der Königl. Verordnung vom 7. Juni 1821 der Forstverwaltung und dem öffentlichen Ministerium noch unbenommen ist, auch von freisprechenden forstpolizeigerichtlichen Erkenntnissen zu appelliren, demnach im vorliegenden Falle die von der Forstverwaltung eingelegte Appellation zulässig war, und somit das Landgericht zu Trier, indem es dieselbe als unstatthaft verwarf, die angeführten Gesetze verletzte.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Landgerichts zu Trier vom 8. September 1837 und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Und indem der Cassationshof nun an die Stelle des Landgerichts tritt, erklärt er aus den angeführten Gründen die Berufung der Forstverwaltung von dem am 3. Juli 1837 verkündigten Erkenntnisse des Forstpolizeigerichts für statthaft, und verweist übrigens die Sache zum Erkenntniß über die Appellationsbeschwerden selbst an das Landgericht zu Saarbrück.

Sitzung vom 7. Juli 1838.

Polizeigericht. — Incompetenzerklärung. — Rathskammer. — Negativer Jurisdiktionsconflict.

Hat ein Polizeigericht eine Beschuldigung wegen Incompetenz vor den Oberprokurator verwiesen, dieser Beamte aber ohne weitere Ausmittelung der Beschaffenheit der angeschuldeten Thathandlung bei der Rathskammer darauf angetragen, die Beschuldigten an das einfache Polizeigericht zurück zu verweisen, die Rathskammer auch diesem Antrage deferirt, hierauf aber das Polizeigericht bei seiner Incompetenzerklärung beharrt, so liegt ein negativer Jurisdiktionsconflict vor, der nur durch den Cassationshof geschlichtet werden kann.

Oeffentliches Ministerium — Caspary u. Cons.

Am 15. Mai 1837, Nachts zwischen 1 und 2 Uhr, empfing der Polizeiagent Haase zu Trier von einem Nachtwächter die Anzeige, daß im Hause des Bierbrauers Johann Caspary ein Streit Statt gefunden habe, wobei Jemand mit einem Messer gestochen worden seyn solle. Der Polizeiagent begab sich sofort in die Wohnung Caspary's und traf da noch den Zuckerbäcker Johann Eberhard Schlink aus Trier, welcher die rechte Hand verbunden hatte und dem Polizeiagenten erklärte: er befinde sich seit 11 Uhr Abends bis jetzt in dem Hause des Caspary und habe mit diesen und den drei Barbierern Nicolaus Propst, Ludwig Niclau und Franz Caspar noch einige Flaschen Bier getrunken, als er plötzlich sowohl vom Wirthe selbst als von den ebenangegebenen Gästen angetastet und geprügelt worden sey, wobei er einen Messerstich in die rechte Hand erhalten habe. Caspary dagegen erklärte dem Polizeiagenten, daß Schlink diesen Streit gesucht, sich weder von ihm, noch von den übrigen Gästen begütigen lassen wollen, und nur er (Schlink selbst) ein Messer, mit dem er noch Kunstwürfe habe zeigen wollen, in der Hand gehabt habe, sich aber auch die Wunde beim Zerschlagen von zwei Fensterscheiben zugezogen haben könne.

Der Polizeiagent nahm hierüber ein Protocoll auf; und, ohne alle weitere Untersuchung über die angebliche Verwundung durch einen Messerstich wurden Caspary, Schlink und die drei vorhingenannten Barbiere auf Betrieb des öffentlichen Ministeriums vor das Polizeigericht des Stadtkreises Trier geladen. Die Beschuldigung war hier nur darauf gerichtet, daß Caspary nach der Polizeistunde Getränke verabreicht, dann, daß die übrigen vier sich nach der Polizeistunde noch bei jenem als Gäste aufgehalten und durch Toben und Lärmen die nächtliche Ruhe der Einwohner gestört hätten.

Inzwischen brachte die Verlesung des von dem Polizeiagenten Haase aufgenommenen Protocolls die angeblich von Schlink erlittenen Schläge und Verwundung zur Kenntniß des Polizeirichters; auf der andern Seite erklärten die übrigen Beschuldigten, daß der vor dem Polizeigericht nicht erschienene Schlink an allem Lärm Schuld gewesen sey und umgekehrt sie mißhandelt habe. Namentlich bemerkte Caspary noch, daß er den Schlink wegen der von selbigem empfangenen Mißhandlung vor dem Zuchtpolizeigericht belangen wollte. Das öffentliche Ministerium trug aber nur auf Anwendung des Art. 479 Nr. 8 des Strafgesetzbuchs, demnach auf eine Geldbuße von 3 Thlr. für jeden der 5 Beschuldigten an. Der Polizeirichter jedoch zog in Erwägung, daß sich aus der Erklärung sämmtlicher Beschuldigten, so wie aus dem Verbalproceß des Polizeiagenten ergebe, daß in der fraglichen Nacht, außer der eingeräumten Uebertretung der Polizeistunde und der nächtlichen Ruhestörung zwischen sämmtlichen Beschuldigten eine wechselseitige Mißhandlung Statt gefunden habe, worüber nach Art. 311 des Strafgesetzbuchs das einfache Polizeigericht zu erkennen, nicht competent sey, und aus diesen Gründen verwies der Polizeirichter, in erster Instanz erkennend, nach Art. 160 der Criminal-Proceßordnung die Beschuldigten vor den Königlichen Oberprokurator zur näheren Untersuchung.

In Folge dieses am 22. Juni 1837 verkündigten Erkenntnisses übersandte der bei dem Polizeigericht fungirende Beamte des öffentlichen Ministeriums die Actenstücke an den Königlichen Oberprokurator bei

dem Landgerichte. Dieser aber, ohne weiter eine Untersuchung über die angezeigte Mißhandlung und Verwundung zu veranlassen, stellte in Erwägung, daß die angezeigte Mißhandlung zu denjenigen gehöre, die nicht von Amtswegen zu verfolgen seyen, daß vielmehr deshalb auf eigene Kosten beim Zuchtpolizeigericht Klage zu führen, den Betheiligten zu überlassen sey, daß aber die angezeigte Uebertretung der Polizeistunde und die nächtliche Ruhestörung eine durch Art. 479 Nr. 8 und Art. 480 Nr. 5 vorgesehene, durch das Polizeigericht zu bestrafende Contravention bilde, und aus diesen Gründen trug der Königl. Oberprokurator bei der Rathskammer des Landgerichts darauf an, in Betreff der angezeigten Mißhandlung zu erkennen, daß kein Verfahren von Amtswegen Statt finde, wegen der übrigen Beschuldigungspunkte aber die Beschuldigten an das einfache Polizeigericht zurück zu verweisen. Durch Beschluß vom 20. Juli verordnete die Rathskammer, wie angetragen worden.

Demnach wurden die Beschuldigten wiederum vor das Polizeigeriche des Stadtkreises Trier gestellt, vor welchem jetzt der Bevollmächtigt-des Beschuldigten Caspary die Einrede der Incompetenz vorschützte, weil diese Incompetenz bereits durch das Erkenntniß desselben Polizeit gerichts vom 22. Juni ausgesprochen worden, solches Erkenntniß aber nur durch ein abänderndes Erkenntniß zweiter Instanz nicht durch einen Rathskammer-Beschluß beseitigt werden könne, und nun bereits rechtskräftig geworden sey. Der Polizeirichter seines Orts zog in Erwägung, daß ein von ihm erlassenes Incompetenzurtheil, wie das vom 22. Juni, nur durch ein Cassationsurtheil, nicht aber durch eine Verweisungsordonnanz der Rathskammer aufgehoben, auch das nämliche Gericht mit der Sache, in welcher es sich für incompetent erklärt habe, niemals mehr befaßt werden könne, und aus diesen Gründen erklärte der Polizeirichter die durch die jüngste Ladung erhobene Klage für unstatthaft und legte die Kosten des Verfahrens dem öffentlichen Fonds zur Last.

Gegen dieses Erkenntniß meldete der Beamte des öffentlichen Ministeriums bei dem Polizeigericht ein Cassationsgesuch an, worüber auf den Vortrag des Herrn Geheimen Oberrevisionsrathes von Meusebach und den Antrag des Herrn General-Prokurators Eichhorn erging folgendes

Urtheil:

I. E., daß nicht nur nach dem Protokoll des Polizeiagenten Haase vom 15. Mai 1837 der Mitbeschuldigte Johann Eberhard Schlink erklärt hatte, von den Mitbeschuldigten Caspary, Propst, Niclau, und Caspar geprügelt worden zu seyn, und dabei einen Messerstich in die Hand erhalten zu haben, sondern daß auch diese Mitbeschuldigten in der Sitzung des Polizeigerichts vom 8. Juni 1837 hinwiederum den Johann Eberhard Schlink bezüchtigten, sie gemißhandelt zu haben, ja der Johann Caspary, dieserhalb den Schlink vor dem Zuchtpolizeigerichte belangen zu wollen, erklärte; daß hiernach, da Verwundung und Mißhandlung durch Schläge im Art. 311 des Strafgesetzbuchs mit correctioneller Strafe bedroht sind, der Polizeirichter ganz mit Recht und völlig dem Art. 160 der Criminalproceßordnung gemäß, die Beschuldigten vor den Königl. Oberprokurator verwies; daß zwar, wenn hierauf eine von dem Königl. Oberprokurator veranlaßte Untersuchung ergeben hätte, daß die correctionellen Beschuldigungen wegen Mangels an Beweis oder wegen sonstiger gesetzlicher Gründe nicht weiter zu verfolgen seyen, die Rathskammer des Landgerichts darüber zu statuiren und darnach die zur Be-

strafung noch übrig bleibende Polizeiübertretung an das vorige Polizeigericht zu verweisen, wohl befugt und dadurch in keinen Widerspruch mit dem ersten Erkenntniß des Polizeigerichts gekommen wäre, indem dies ja eben schon durch die von dem Königl. Prokurator veranlaßte Untersuchung seine Erledigung erhalten hätte;

Daß aber im vorliegenden Falle der Königl. Oberprokurator, ohne irgend eine nähere Untersuchung über die angezeigten correctionellen Vergehen, ohne also auch nur den Thatbestand derselben näher festgestellt vor sich zu haben, sogleich und bloß auf die unmotivirte Supposition, daß die angezeigte Mißhandlung zu denjenigen gehöre, die nicht von Amtswegen zu verfolgen seyen, bei der Rathskammer des Landgerichts darauf antrug, zu erkennen, daß im Betreff der angezeigten Mißhandlung kein Verfahren von Amtswegen Statt finde, die Uebertretung der Polizeistunde und die nächtliche Ruhestörung aber, als nach Art. 479 und 480 des Strafgesetzbuchs polizeigerichtlich strafbar, an das Polizeigericht zurückzuverweisen;

Daß die Rathskammer des Landgerichts hiernach auch sofort, wie von dem Königl. Oberprokurator angetragen worden, verordnete, damit also in der That bei völlig unveränderter Sachlage und ohne alle nähere Untersuchung das Erkenntniß des Polizeigerichts vom 22. Juni reformirte; daß aber zu solcher Reformation nicht die Rathskammer, sondern auf vorherige Appellation, wenn solche statthaft ist, allein das Correctionellgericht nach Artikel 174 der Criminal-Proceßordnung gesetzlich berufen ist;

Daß daher der Polizeirichter auch nicht verbunden war, eine in ganz unveränderter Sachlage von der Rathskammer an ihn zurückgewiesene Sache, in der er sich früher für incompetent erklärt hatte und in der das dabei veranzeigte correctionell Strafbare noch durch keine nähere Untersuchung und darauf gegründete Entscheidung beseitigt war, bloß nach der Meinungsverschiedenheit der Rathskammer nunmehr vor sein Forum zu ziehen;

Daß er dies um so weniger konnte, als in der Sitzung vom 4. August der Mitbeschuldigte Johann Caspary durch seinen Bevollmächtigten die Incompetenzeinrede geltend machte und sich auf die Rechtskraft des ersten Polizeigerichts-Erkenntnisses vom 22. Juni berief, somit implicite die nähere Untersuchung der angezeigten correctionellen Mißhandlungen verlangte;

Daß also das jüngste Erkenntniß des Polizeirichters vom 17. August 1837, in welchem dieser bei seiner Incompetenzerklärung verharrte, auch jetzt mit Grunde Rechtens der begehrten Cassation nicht unterworfen werden kann;

In weiterer Erwägung jedoch, daß hierdurch die Sache in einen den Lauf der Justiz hemmenden Stillstand gekommen, und es also nach Art. 526 und 527 der Criminalproceßordnung an dem Cassationshofe ist, den entstandenen negativen Jurisdiktionsconflict zu schlichten;

Daß nach dem vorhin Ausgeführten der auf eine unmotivirte Supposition gestützte Rathskammer-Beschluß incompetenter Weise das Erkenntniß des Polizeigerichts vom 22. Juni reformirte und den Parteien das Recht auf amtliche Untersuchung abschnitt, also zu Recht nicht bestehen kann.

Aus diesen Gründen

erkennt der Königl. Revisions= und Cassationshof im Wege des Reglement de juges jenen Rathskammerbeschluß vom 20. Juli 1837 für nicht ergangen und verweist die Beschuldigten in Folge des Polizeigerichtserkenntnisses vom 22. Juni 1837 vor den Königl. Prokurator in Trier zurück *).

Sitzung vom 7. Juli 1838.

Feuerwerke. — Abbrennen. — Schießen mit Gewehren.

Der Art. 471 Nr. 2 des St. G. B. verpönt nur das Abbrennen von Feuerwerken und nicht das Schießen mit Gewehren, mithin kommen auf letzteres nur die etwa vorhandenen sonstigen Polizeiverordnungen zur Anwendung.

---

*) Das zweite Buch fünfter Titel erstes Kapitel der Criminal=Prozeß=Ordnung beschäftigt sich in den Artikeln 526 und 540 mit den Jurisdictionsstreitigkeiten in den Fällen eigentlicher Conflicte, das heißt, wenn zwei Gerichtshöfe oder Tribunale sich zu gleicher Zeit mit der Untersuchung einer und der nämlichen Sache befaßt befinden. Aber kein Artikel des besagten Gesetzbuches hat den Fall eines negativen Jurisdictions=Conflictes vorgesehen, den Fall nämlich, welcher zwischen zwei gerichtlichen Behörden entsteht, welche gleichzeitig oder nach einander mit einer Sache befaßt worden sind, aber sich beide in Ansehung dieser Sache für incompetent erklärt haben.

In der Praxis sind diese beiden Fälle des Jurisdictionsconflictes gleichmäßig behandelt worden, weil in dem einem wie in dem andern dieselbe Nothwendigkeit eintritt zu bestimmen, welcher von den beiden mit einander in Conflict gerathenen Behörden die Untersuchung und Entscheidung der Sache verbleiben soll.

Ein ähnlicher Fall, wie der obige, wurde unter der Herrschaft des Code vom Brumaire Jahres IV vom Pariser Cassationshofe durch Arrèt vom 27. Prairial Jahres IX entschieden, wo auch die nämliche Sache bei zwei Behörden successive anhängig ward, und sich ein negativer Conflict zwischen diesen Behörden erhob, welcher durch den Cassationshof geschlichtet ward.

Im Falle dieses Urtheils hatte sich das Polizeigericht für incompetent erklärt, über eine vor dasselbe gebrachte Anschuldigung zu erkennen. Als in Folge dessen die Sache vor den Directeur du Jury kam, verwies dieser Beamte die Sache vor das nämliche Polizeigericht zurück, welches anfänglich damit befaßt war, und dies Polizeigericht fällte ein Erkenntniß, während in unserm Falle das Polizeigericht bei seiner Incompetenzerklärung beharrte. Dennoch sprach der Cassationshof die Nichtigkeit des Erkenntnisses aus, indem er erwog, daß, da die beiden gerichtlichen Behörden, bei welchen die Sache nach einander anhängig geworden, sich incompetent erklärt hätten, die Nothwendigkeit eingetreten sey, den entstandenen Jurisdictions=Conflict zu schlichten.

Oeffentliches Ministerium — Pottmann.

Gustav Pottmann, 18 Jahre alt, Fabrikarbeiter, gebürtig und wohnhaft zu Hückeswagen, wurde beschuldigt, am 3. Februar letzthin, des Abends gegen 11 Uhr, zu Hückeswagen bei Gelegenheit einer Verlobung, auf öffentlicher Straße mit einer Pistole geschossen zu haben.

Das öffentliche Ministerium trug bei dem Polizeigericht zu Lennep auf Bestrafung des Beschuldigten, nach Vorschrift der Bergischen Brüchtentaxe vom 2. November 1802 an.

Das Polizeigericht verurtheilte am 6. März d. J. den Beschuldigten, als jener Thathandlung überführt, auf den Grund des Art. 471 Nr. 2 des St. G. B., zu einer Geldbuße von 8 Sgr. und zu den Kosten, indem das Abbrennen von Feuerwerken an gewissen Orten durch den Art. 471 Nr. 2 des St. G. B. verboten sey, und in diesem allgemeinen Verbot auch das in der Brüchtentaxe vom 2. November 1802, worin es heiße:

„Wer in den Städten und Dörfern geladene Büchsen abschießt, zwei Thaler"

ausgesprochene Verbot begriffen sey, mithin diese Taxe durch jenen Artikel als ersetzt und aufgehoben zu betrachten sey, und sofort dieser zur Anwendung kommen müsse.

Gegen dieses Urtheil legte das öffentliche Ministerium am 8. März d. J. das Cassationsgesuch ein, welches dem Verurtheilten am 10. n. M. zugestellt wurde.

Zu Rechtfertigung dieses Gesuches behauptete das öffentliche Ministerium, daß der Art. 471 Nr. 2 des St. G. B. nicht das Schießen, sondern das Abbrennen von Feuerwerken verbiete, nun aber Beides von einander verschieden sey, mithin nicht jener Artikel, sondern die Brüchtentaxe zur Anwendung kommen müsse.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Oberrevisions-Rathes Esser und den Antrag des Herrn General-Prokurators Eichhorn;

J. E., daß der Art. 471 Nr. 2 des St. G. B. nur von verbotswidrigem Abbrennen von Kunstfeuerwerken und nicht von Schießen mit Gewehren spricht;

Daß, bei dieser wesentlichen Verschiedenheit beider Handlungsarten, auch nur die Bergische Brüchtentaxe vom 2. November 1802, welche das Schießen mit Gewehren unter Strafe von 2 Reichsthaler Bergisch verbietet, zur Anwendung kommen kann;

Daß folglich das Polizeigericht, indem es umgekehrt erkannte, jene Brüchtentaxe verletzt und den Art. 471 Nr. 2 des St. G. B. falsch angewandt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Lennep vom 6. März d. J., verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Und, indem er in der Sache erkennt,

Verurtheilt er den Beschuldigten, als des verbotswidrigen Schießens überführt, mittelst Anwendung der Bergischen Brüchtentaxe vom 2. November 1802, zu einer Geldbuße von 1 Thlr. 17 Sgr., im Unvermögens-Falle zu einer Gefängnißstrafe von 24 Stunden und zu den Kosten.

Sitzung vom 11. Juli 1838.

Jagdfrevel. — Oeffentliches Ministerium. — Klagerecht.

Das öffentliche Ministerium ist befugt, von Amtswegen die Jagdfrevel gerichtlich zu verfolgen, wenn sie auch nicht in der Hegezeit verübt worden.

Gesetz vom 30. April 1790. — Verordnung vom 18. August 1814.

Oeffentliches Ministerium — Puderbach und Hoffmann.

Mathias Puderbach, 36 Jahre alt, Schwammklopfer und Mathias Hoffmann, 30 Jahre alt, Sattler, beide wohnhaft zu Schuld, wurden beschuldigt, am 17. November 1837 in dem Gemeindewalde Winnerath mit Gewehren und Hunden unbefugter Weise gejagt zu haben und auf Anstehen des öffentlichen Ministeriums vor das Polizeigericht zu Adenau geladen, welches durch Urtheil vom 26. Januar d. J. dieselben mittelst Anwendung des § 7. der General-Gouvernements-Ordnung vom 18. August 1814 und des Art. 3 des Decrets vom 4. Mai 1812 jeden zu einer Geldbuße von 16 Thlr. verurtheilte, die Confiscation der von ihnen geführten Gewehre zum Vortheile des Waldwärters erklärte und Jeden, im Falle der Nichtverabreichung der Gewehre, zur Erlegung einer Summe von 13 Thlr. 10 Sgr. und zu den Kosten verurtheilte.

Puderbach und Hoffmann legten von diesem Urtheile die Berufung ein und trugen bei der Zuchtpolizeikammer des Königlichen Landgerichts zu Coblenz auf Aufhebung desselben und auf Freisprechung an, weil das öffentliche Ministerium nach Art. 8. des Gesetzes vom 30. April 1790 in dem vorliegenden Falle, wo der angeschuldigte Jagdfrevel nicht in der Hegezeit verübt worden, nicht habe verfolgen können, das Klagerecht nur der verletzten Civilparthei zustehe, diese aber nicht geklagt habe.

Weil das Frevelprotocoll, welches der Commual-Förster Göbel am 17. November vorigen Jahres zur Feststellung des Thatbestandes errichtet hatte, von ihm erst am 21. nämlichen Monats bekräftigt worden war, so wurden auf Anstehen des öffentlichen Ministeriums jener Förster als Zeuge vernommen und die von ihm protocollirte Thathandlung wahr behalten.

Das öffentliche Ministerium trug auf Verwerfung der Berufung an. Allein die Zuchtpolizeikammer verwarf durch Urtheil vom 27. März dieses Jahres die von dem öffentlichen Ministerium eingeleitete Klage als unannehmbar und zwar aus folgenden Gründen:

J. E., daß Appellanten zur Begründung ihrer Appellation anführen, daß die Jagd auf demjenigen Gebiete, worauf sie jagend betroffen worden seyn sollen, an eine Gesellschaft mehrerer Privatpersonen verpachtet sey, daß auch das gegen sie aufgenommene Frevelprotocoll von einer Zeit spreche, welche für die Ausübung der Jagd überhaupt nicht geschlossen gewesen; daß daher nach Art. 8 des Gesetzes vom 30. April 1790 das öffentliche Ministerium ohne Veranlassung von Seiten der Jagdberechtigten selbst, welche nicht vorliege, durchaus keine Befugniß gehabt habe, desfalls eine Klage einzuleiten, die eingeleitete somit als unanehmbar habe verworfen werden müssen; daß dagegen von Seiten der Staatsbehörde in gegenwärtiger Instanz behauptet wird, daß die früheren Ge-

setze rücksichtlich der Verfolgung der Jagdfrevel durch die spätere Verordnung des General-Gouvernements des Nieder- und Mittelrheins vom 18. August 1814 außer Kraft gesetzt und das öffentliche Ministerium berufen sey, Kraft seines Amtes, wie bei Vergehen überhaupt, so auch bei Jagdfreveln insbesondere die gerichtliche Verfolgung zu beginnen.

In Erw., daß aus dem Eingange der angeführten Gouvernements-Verordnung klar hervorgeht, daß deren Tendenz nicht auf Abschaffung der über die Ausübung der Jagd bestandenen früheren Gesetze, sondern lediglich auf Modificationen derselben in einzelnen Punkten gerichtet ist, und daß nach dem Schlußparagraphen dieser Verordnung die älteren Gesetze nur in soweit aufgehoben seyn sollen, als ihre Bestimmungen mit dem Inhalte der spätern Verordnung nicht vereinbar seyn mögen;

Daß die Verfügung des Art. 8. des Gesetzes vom 30. April 1790 auf dem einfachen, aber vernunftmäßigen im Art. 1 dieses Gesetzes auch klar ausgesprochenen Grunde beruht, daß die Ausübung der Jagd, in soweit sie nicht in Staatswaldungen, sondern auf einem fremden Privateigenthume, möge es nun physischen oder moralischen Personen zugehören, statt findet, als eine bloße Beeinträchtigung persönlicher Gerechtsame angesehen, daher auch nur in soweit als wirkliches Strafvergehen qualificirt werden könne, als sie wider den Willen, sey es des Grundeigenthümers selbst oder desjenigen, dem die Jagdberechtigung auf diesem Grundeigenthum zusteht, vorgenommen wird; daß ferner Einwilligung oder Verweigerung derselben zu dieser Jagdausübung als freier und ausschließlicher Act des Jagdberechtigten selbst anzusehen, daher auch nur diesem, mit Ausschluß aller Bevormundung von Seiten der Staatsgewalt, anheim zu stellen sey, in wie weit er es für angemessen erachtet, wegen Beeinträchtigung seines Gerechtsams Klage zu erheben; wobei es allerdings zur Amtspflicht des öffentlichen Ministeriums gehört, mit der erhobenen Klage zugleich den Antrag auf Verhängung der öffentlichen Strafe zu verbinden.

J. E., daß diese gesetzgeberische Ansicht mit dem Inhalte der angeführten Gouvernements-Verordnung durchaus nicht im Widerspruche steht, daher um so weniger anzunehmen ist, daß die darauf beruhende Bestimmung des Art. 8. des Gesetzes vom 30. April 1790 ihre Kraft und Anwendung verloren habe, als eines Theiles die darin vorgeschriebene Verfolgungsweise nach dem Geiste unserer Strafgesetzgebung, wie darin die Art. 336, 339 und 357 zeigen, auch bei anderen Vergehen, die ebenfalls auf einer Verletzung blos persönlicher Interessen beruhen, zur Anwendung gebracht werden muß, ohne daß es dem öffentlichen Ministerium, wie es bei allen Vergehen gegen den Staat, die öffentliche Ordnung und Sicherheit der Fall ist, zusteht, seine amtliche Wirksamkeit aus eigenem Antriebe, und ohne vorläufige Klage der verletzten Parthei zu beginnen, und als dabei andern Theils der ganze Zweck der spätern Gouvernements-Verordnung, nämlich: Förderung eines angemessenen Wildstandes und Befriedigung des bürgerlichen Interesses wegen erlittener Verletzung durch eine gleichzeitige Verfolgung erreicht wird, ohne daß es darum nöthig und zulässig seyn möchte, die §§ 1., 5., 7., 10. und 11. der angeführten Gouvernements-Verordnung, die übrigens alle mit dem eigentlichen Klagebefugnisse und der damit zusammenhängenden Verfolgungsweise an sich nichts zu thun haben, als überflüssige Vorschriften in den Hintergrund fallen zu lassen und sie der Anwendung in irgend einer Beziehung zu berauben.

J. E., daß nach dem Inhalt des verlesenen Frevelprotocolls die hier in Frage stehende Contravention zu einer Zeit, während welcher die Ausübung der Jagd überhaupt nicht verboten, und in einem Gebiete, auf welchem das Recht dazu an eine Gesellschaft mehrerer Privatleute verpachtet war, Statt gefunden haben soll; daß keiner der Letztern deshalb klagend aufgetreten ist, sondern das öffentliche Ministerium aus eigenem Antriebe die Verfolgung der Appellanten eingeleitet hat; daß somit unter der vorangeschickten Betrachtung keinem Bedenken unterliegt, daß diese Verfolgung als unannehmbar vom ersten Richter verworfen werden mußte.

Gegen dieses Urtheil meldete das öffentliche Ministerium noch an demselben Tage das Cassationsgesuch an; es führte zur Rechtfertigung desselben diejenigen Gründe an, welche der Revisions- und Cassationshof schon durch Urtheil vom 26. März 1828 in der Sache gegen Jakob Lohner von Kruft aufgestellt habe und trug auf Cassation des angegriffenen Urtheils und dahin an, in der Sache selbst erkennend, das Urtheil des Forstpolizeigerichts zu Adenau vom 26. Januar d. J. zu bestätigen und die Cassationsverklagten in sämmtliche Kosten zu verurtheilen.

Auf den Vortrag des Hrn. Geh. Oberrevisionsrathes Esser; nach Anhörung des Hrn. General-Prokurators Eichhorn in seinem Antrage:

J. E., daß die General-Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 ohne Unterschied, ob in herrschaftlichen Domainenwaldungen oder auf Gemeinde- oder Privat-Grundstücken gejagt wird, im allgemeinen Interesse durch den Eingang des Art. 7 verfügt, daß die Jagdfrevler verfolgt und von der richterlichen Behörde bestraft werden sollen; daß hierdurch die Bestimmung des Art. 8 des Gesetzes vom 30. April 1790, in soweit hiernach nur dem Eigenthümer des Grund und Bodens das Klagerecht zusteht, offenbar ausgeschlossen ist, indem, wenn sie noch gälte, das unbedingte Gebot des angeführten Art. 7 gegen den klaren Wortbestand durch die Willkühr eines Privaten bedingt seyn würde; daß folglich die Zuchtpolizeikammer des Königl. Landgerichts Coblenz, indem sie die von dem öffentlichen Ministerium gege[illegible] tionsverklagten, als des Jagdfrevels beschuldigt, eingeleitete K[illegible]nannehmbar verwarf, den Art. 7 der angeführten Verordnung [illegible] hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königliche Revisions- und Cassationshof das Urtheil der Zuchtpolizeikammer des Königlichen Landgerichts zu Coblenz vom 27. März dieses Jahres und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Und, indem er in der Sache selbst erkennt:

J. E., daß aus den Verhandlungen hinreichend hervorgeht, daß die Appellanten am 17. November 1837 im Gemeindewalde Winnerath mit Gewehren und Hunden unbefugter Weise gejagt haben;

Daß diese Thathandlung durch den Art. 7 der Gouvernements-Verordnung vom 18. August 1814 verpönt ist.

Aus diesen Gründen

verwirft der Revisions- und Cassationshof die Berufung von dem Urtheile des Forstpolizeigerichts zu Adenau vom 26. Januar dieses Jahres und verurtheilt die Appellanten zu den nach jenem Urtheil aufgegangenen Kosten.

Sitzung vom 11. Juli 1838.

Postverwaltung. — Postillion. — Polizeikontravention. — Intervention. — Kassationsrekurs.

In wie fern ist die Post-Verwaltung befugt, in dem gegen einen Postillion wegen einer Polizeikontravention eingeleiteten gerichtlichen Untersuchungsverfahren zu interveniren und respect. den Kassationsrekurs zu ergreifen?

Postamt zu Trier.

Auf Grund eines Protokolls zweier Gensdarmen und des Polizeidieners zu Saarburg vom 31. Juli d. J. wurde der Postillon Nicolaus Besch vor das Polizeigericht des genannten Ortes unter der Beschuldigung gestellt:

> „Am 31. Juli dieses Jahres mit einem mit vier Pferden bespannten Postwagen im starken Trabe durch die ganz enge Straße zu Saarburg bis an das Postamt gefahren zu seyn.“

Der Postexpeditionsgehülfe Thewes trat intervenirend, unter Vorlegung einer Vollmacht für das Postamt zu Trier mit der Erklärung auf, daß diese Behörde die Sache übernehme und behaupte, daß das Königl. Polizeigericht hierin zu erkennen nicht competent sey, da der Postillion im Dienste gehandelt habe. Indessen erklärte das Polizeigericht den Beschuldigten der ihm zur Last gelegten Contravention überwiesen und verurtheilte ihn, die Incompetenzeinrede verwerfend, in eine Geldbuße von einem Thaler, eventualiter zwei Tage Gefängniß und zu den Kosten mittelst Anwendung der Art. 2 u. 12 der Regierungs-Verordnung vom 25. August 1836 rc., indem es erwog:

„Daß keine gesetzliche Bestimmung vorliege, wonach Postillions bei Polizeivergehen der gewöhnlichen Gerichtsbarkeit entzogen werden sollen; daß dieses auch um so weniger angenommen werden könne, als das Gese[illegible] April 1828 da, wo einige Paragraphen auf Postillione nich[illegible]nbet werden sollen, diese ausdrücklich ausschließe, folglich die andere[illegible]selbe Anwendung finden müssen; daß demnach von der Incompet[illegible] des Polizeigerichts nicht Rede seyn könne;“

Da[illegible]ie dem Beschuldigten zur Last gelegte Handlung durch ein von dreien Polizeibeamten errichtetes Protokoll erwiesen sey, daß auch dieselbe von Seiten des Beschuldiaten nicht bestritten werde.

Gegen dieses am 31. August curr. gefälltes Urtheil ergriff Thewes Namens des Postamtes zu Trier den Cassationsrekurs.

Der Oberprokurator zu Trier bemerkte in dem Einsendungs-Berichte Folgendes: Die Postbehörde sey zu der Intervention ohne Zweifel befugt, da sie als Dienstbehörde bei der Frage betheiligt sey, ob der Beschuldigte im Dienste gehandelt oder nicht, indem im erstern Falle ohne ihre Concurrenz in der Regel eine Untersuchung nicht Statt finden dürfe; deshalb habe ihr, und zwar ohne Hinterlegung einer Geldbuße, frei gestanden, den Cassationsrekurs zu ergreifen.

Was die Sache selbst betreffe, so müsse zwar auch ein Postillion, als Beamter vorzugsweise, die bestehenden Vorschriften wegen des regelmäßigen Fahrens beobachten und verletze seine Amtspflicht, wenn er es nicht thue. Dieses Dienstvergehen sey auch ein solches, welches selbst gegen den Nichtbeamten strafbar sey und daher auch nach § 252. des Anhangs zur allgemeinen Gerichts-Ordnung, § 47. der Verordnung vom

26. December 1808 und § 36. des Ressortreglements, ohne Antrag der Dienstbehörde untersucht werden könne. Allein, da es doch Dienstvergehen sey, so gehöre die Cognition in Gemäßheit der Allerhöchsten Kabinets-Ordres vom 6. März 1821 und 2. August 1834 zum fiscalischen Verfahren, müsse nach dem Landrecht gestraft und vom Landgerichte nicht vom Polizeigerichte untersucht werden, weshalb das Polizeigericht, indem es dennoch erkannt, diese Gesetze verletzt habe.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisionsrathes Jähnigen und den Antrag des Herrn General-Procurators Eichhorn:

J. E., daß zwar nach Art. 158 Nr. 1. des Decrets vom 18. Juni 1811 die öffentlichen Verwaltungsbehörden in den auf ihr Betreiben oder in ihrem Interesse anhängig gemachten Strafprozessen den Civilpartheien assimilirt werden; daß indessen die vorliegende Sache weder von der Postverwaltung anhängig gemacht ist, noch anhängig gemacht oder von Amtswegen in ihrem Interesse verfolgt werden konnte, die Verfolgung derselben vielmehr lediglich im polizeilichen Interesse durch das öffentliche Ministerium geschah;

Daß mithin die Postverwaltung als Civilparthei in dieser Sache nicht zu betrachten ist, da sie auch sonst sich als Civilparthei nicht besonders constituirt hatte, ja nicht einmal durch das Verfahren des Beschuldigten verletzt zu seyn behauptete (Art. 63 u. 66 der Kr. P. O.);

Daß die Post-Verwaltung als bürgerlich verantwortlich nicht in Anspruch genommen war, und daher auch in dieser Eigenschaft in der vorliegenden Sache Anträge nicht nehmen konnte;

Daß es ihr auch sonst an einer Qualität gebricht, welche nach den Gesetzen sie berechtigte, in der Sache aufzutreten;

Daß mithin, wie ihre Intervention in der Polizeigerichts-Instanz unstatthaft war, ebenso sie ohne Qualität erscheint, den Cassationsrekurs zu erheben, zumal da der Verurtheilte sich bei dem ergangenen Strafurtheile beruhigt hat, und dasselbe daher ihm gegenüber rechtskräftig geworden ist.

J. E., daß, wenn die Postverwaltung der Ansicht war, daß die Frage:

„Ob der Beschuldigte wegen der ihm zur Last gelegten Handlung und wie zu strafen sey?"

nicht zur gerichtlichen, sondern mit Rücksicht auf die Regierungs-Instruktionen v. 23. Oktober 1817 und 31. Dezember 1825, die Geschäfts-Anweisung vom letztgenanntem Datum und die Allerh. Kabinets-Ordre vom 5. Juli 1828 zur administrativen Cognition gehöre, sie in Gemäßheit des Arrêté vom 13. Brümaire J. X., des § 40. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 und der Allerhöchsten Kabinets-Ordre vom 30. Juni 1828 den Attributionsconflict hätte erheben müssen.

J. E., daß bei der Unstatthaftigkeit des von der Post-Verwaltung eingelegten Cassationsrekurses und da ein anderer zulässiger Rekurs nicht erhoben worden ist, die Hauptsache der Prüfung des Cassationshofes nicht unterliegt.

Aus diesen Gründen

erklärt der Königl. Rhein. Revisions- und Cassationshof den erhobenen Cassationsrekurs für unstatthaft.

Sitzung vom 22. Oktober 1838.

Schröpfköpfe. — Chirurgische Operation.

Das Ansetzen von Schröpfköpfen ist als eine chirurgische, den Wundärzten allein gesetzlich vorbehaltene Operation zu betrachten. Gesetz vom 19. Ventose J. XI.

Staatsprocurator zu Köln — Peter Marx.

Peter Marx, 73 Jahre alt, Porzellanhändler, zu Cöln wohnhaft, wurde wegen verbotswidriger Ausübung der Chirurgie, auf Betreiben der Regierung zu Cöln, vor das Zuchtpolizeigericht daselbst geladen, weil er mehreren Personen Schröpfköpfe gesetzt hatte. — Er stellte es nicht in Abrede, dies gegen Bezahlung gethan zu haben; die Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Cöln sprach ihn aber dennoch im Urtheile vom 4. September 1837 von Strafe und Kosten frei, indem sie in Erwägung zog, daß das Ansetzen von Schröpfköpfen nicht als eine chirurgische, den Wundärzten allein gesetzlich vorbehaltene Operation zn betrachten sey.

Gegen dieses Erkenntniß legte das öffentliche Ministerium die Berufung ein; die correktionelle Appellationskammer des Landgerichts zu Cöln verwarf aber dieselbe im Urtheile vom 23. November 1837, indem es sich mit den Gründen des ersten Richters einverstanden erklärte und erwog:

Daß die Competenz der Gerichte zur Interpretation der Gesetze, auf welche sich ihre Straferkenntnisse stützen, nicht in Zweifel zu ziehen ist;

Daß das Gesetz vom 19. Ventose Jahres XI. mindestens zur Zeit seiner Publikation das Schröpfen nicht als chirurgische Operation betrachtet haben kann, weil nach dieser Publikation, wie früher, dasselbe ein offen angekündigtes Gewerbe blieb, und nicht blos durch Connivenz der Polizeibehörde, sondern als erworbenes Recht und in Folge ausdrücklicher Concession ausgeübt wurde, so wie denn Beschuldigter es seit fünfzig Jahren als ein solches Recht ausgeübt zu haben behauptet, und dies durch aufgelegte Urkunden nachweiset, die Bekanntmachung vom 27. September 1819 nicht erworbene Rechte zerstören, sondern vielmehr nach ihrem Wortinhalte gegen unbefugte Eingriffe sicher stellen wollte;

Daß das Ansetzen von Schröpfköpfen auch unmöglich dadurch zu einer chirurgischen Operation geworden seyn kann, daß es die Chirurgen der zweiten Klasse und die Hebammen seit dem Jahre 1825 erlernt haben, und wenn sie es nun nicht ausschließlich verrichten sollten, ihr Brod nicht erwerben würden, indem eine Handlung nicht dadurch zur chirurgischen Operation wird, daß sie ein Chirurg, der sich die Fertigkeit erwarb, verrichten kann, sondern vielmehr umgekehrt die Handlung eine chirurgische Operation seyn muß, um unter das bestehende Verbotsgesetz zu fallen, so wie denn dies Gesetz sich nur auf die Erwägung stützt, daß Medizin und Chirurgie Wissenschaften sind, deren Praxis ohne die erforderliche wissenschaftliche Ausbildung gefährlich werden könnte;

Daß, wenn sonach blos mechanische Verrichtungen, wie das Ansetzen von Schröpfköpfen oder Blutegeln und sonstige Handdienste, des bessern Broderwerbes wegen, von Chirurgen ausschließlich vorgenommen werden sollen, es zur Ausschließung anderer Personen, die sich darin Fertigkeit erworben haben, eines neuen Gesetzes bedarf, nicht aber das alte Gesetz

im Wege der Interpretation auf Gegenstände anwendbar zu machen ist, die ihm bis dahin ganz fremd gewesen sind;

Daß übrigens der Beschuldigte stets nur unter Aufsicht oder doch auf Befehl von Aerzten, die ihn seiner Fertigkeit wegen vorzugsweise wählten, Schröpfköpfe angesetzt hat, und auch diese Aerzte solche Handleistung niemals als chirurgische Operation betrachtet haben.

Gegen dieses Urtheil meldete der Staatsprokurator am 24. November 1837 den Cassationsrekurs an und reichte eine Rechtfertigungsschrift ein, worin er ausführte:

Der Cassationsbeklagte hat zugestanden, mehrere Personen gegen Bezahlung geschröpft zu haben, auch war der Beweis darüber in erster Instanz durch die Aussagen der beiden vernommenen Zeugen hinreichend erbracht. Er konnte dabei nicht in Abrede stellen, nie von der betreffenden Medizinalbehörde eine Ermächtigung zu solchen Verrichtungen erhalten zu haben.

Die Zuwiderhandlung gegen die Bestimmungen des Gesetzes vom 9. Ventose Jahres XI., so wie der Strafantrag der Staatsbehörde schienen sich sonach hinreichend begründet zu haben, da solche Verrichtungen sich nur zu den Befugnissen der kleinen Chirurgie eignen und ausschließlich den Wundärzten zweiter Klasse überwiesen sind. Der erste Richter hat unterdessen in seinen Motiven unterstellt, daß das Ansetzen von Schröpfköpfen nicht als eine chirurgische den Wundärzten allein gesetzlich vorbehaltene Operation anzusehen sey, und ist auch auf diese Voraussetzung das freisprechende Urtheil gegründet.

Aber es kann nicht in der Competenz der Gerichte liegen, die Befugnisse der Medizinalpersonen in Bezug auf ihre Ausdehnungen und Beschränkungen zu bestimmen und steht es nur der obern Medizinalbehörde zu, sich darüber auszusprechen. Die darüber erlassenen Verfügungen dieser Behörde sind zu bestimmt und zu klar, als daß die Ansichten der angegriffenen Urtheile sich rechtfertigen könnten.

Auf den Grund der Verordnung der hiesigen Königlichen Regierung vom 27. September 1819 (Amtsblatt Nr. 40) soll Jeder, welcher in Zukunft unbefugter Weise sich mit Schröpfen und Aderlassen abgeben sollte, als Quacksalber behandelt und als solcher nach den Gesetzen bestraft werden.

Aehnliche Bestimmungen enthält auch die Verordnung der nämlichen Behörde vom 28. März 1829 und vom 29. September 1833, auch ist letzterer durch Reskript des hohen Ministeriums der Medizinal-Angelegenheiten vom 4. August 1835 aufgetragen worden, dem eingerissenen Unfuge zu steuern und ferner nicht mehr zu dulden, daß nicht gesetzlich qualifizirten Personen die Ausübung der kleinen Chirurgie gestattet und überlassen werde. Bei diesen so klaren Bestimmungen der Medizinalbehörden hat sonach das Landgericht seine Befugnisse mißkannt und offenbar die Bestimmungen des Gesetzes vom 19. Ventose J. XI. verletzt.

Im äußersten Falle würde es sich aber auch immer noch von einer Zuwiderhandlung gegen die bestimmten Vorschriften der vorgesetzten Behörde handeln und die Anwendung der Strafbestimmungen des § 33. des Ressortreglements v. 20. Juli 1818 Platz greifen müssen. Es würde sich dabei sonach auch eventuell noch die Verletzung dieses Paragraphen begründen.

Das öffentliche Ministerium glaubt daher durch diese kurze Entwickelung den von ihm genommenen Recurs hinreichend gerechtfertigt zu haben. Die correktionelle Appellationskammer hat die Ansichten des ersten Richters im Allgemeinen getheilt, das vom öffentlichen Ministerium ergriffene Rechtsmittel der Berufung verworfen und das Urtheil a quo unbedingt bestätigt.

Das desfalls in zweiter Instanz erlassene Urtheil, gegen welches der Recurs ergriffen worden, unterstellt noch besonders, daß das Schröpfen als eine chirurgische Verrichtung um so weniger angesehen und den Strafbestimmungen des Ventose=Gesetzes unterliegen könne, als selbst noch lange nach seiner Publication das Schröpfen als ein unerlaubtes Gewerbe inqualifizirter Personen geduldet worden sey. Aber eine solche Duldung, würde sie sich auch durch Verjährung bewährt haben, muß dem Gesetze fremd bleiben und sie kann nie eine gesetzliche Befugniß, nie ein Recht begründen.

Seitdem die Chirurgen zweiter Klasse ins Leben getreten sind, ist auch diesen ungesetzlichen Eingriffen mit aller Kraft entgegen gewirkt worden.

Der Appellrichter hat auch noch ferner erwogen, daß der Verklagte nur auf Geheiß und unter Aufsicht legaler Aerzte sich solcher Verrichtungen unterzogen habe, und daß sonach von diesen Aerzten selbst das Schröpfen als eine chirurgische Operation nicht angesehen worden ist. — Aber es kann diesen Aerzten nicht gestattet werden, Ansichten, die den Gesetzen und Vorschriften ihrer vorgesetzten Behörde zuwiderlaufen, zum Vortheil des Verklagten aufzustellen und bei den von ihnen verordneten chirurgischen Operationen können sie sich nur qualifizirter Personen bedienen.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober=Revisionsrathes Eimbeck und den Antrag des die Stelle des General=Prokurators versehenden Herrn Geheimen Ober=Revisionsrathes Esser:

J. E., daß die Chirurgie der Theil der Heilkunde ist, welcher sich mit den mechanischen Verrichtungen bei der Ausübung derselben beschäftigt; daß also das Setzen der Schröpfköpfe behufs der Heilung, obgleich es nur geringe anatomische Kenntnisse erfordert, zu den chirurgischen Operationen gerechnet werden muß, wie auch die Regierungs=Verordnung vom 27. September 1819 ergiebt.

J. E., daß derjenige, welcher das Setzen der Schröpfköpfe gegen Vergütung bei Jedem, der ihn dazu aufforpert, besorgt, ein zur Chirurgie gehöriges Geschäft als Gewerbe treibt.

J. E., daß das Gesetz vom 19. Ventose Jahres XI., Art. 1 verordnet, daß das Gewerbe (Profession) eines Chirurgen nur von dazu rezipirten vorher geprüften Personen betrieben werden solle, und Art. 35 und 36, diejenigen mit Strafe belegt, welche ohne diese Qualification das Gewerbe der Chirurgie betreiben, und in Uebereinstimmung mit diesem Gesetze in der Regierungs=Verordnung vom 27. September 1819 das Setzen der Schröpfköpfe bei Strafe den dazu nicht autorisirten Personen verboten ist.

J. E., daß es gegen die Anwendbarkeit des Gesetzes vom 19. Vent. Jahres XI. nichts entscheiden kann, wenn auch nach der Publikation dieses Gesetzes das Setzen der Schröpfköpfe als ein abgesondertes offenangekündigtes Gewerbe betrieben werde, und der Angeschuldigte dieses Gewerbe

selbst unter Zustimmung und auf Veranlassung bestellter Aerzte geübt hat, indem Gesetze nicht durch Zuwiderhandlungen, sondern nur durch eine ausdrückliche Aufhebung außer Kraft gesetzt werden können, und die Regierungs-Verfügung vom 29. September 1833 (Amtsblatt der Regierung zu Cöln de 1833 Nr. 41.) dies Verfahren der Aerzte ausdrücklich bei Strafe inhibirt, hiernach die correktionelle Appellationskammer des Landgerichts zu Cöln, indem sie annahm, daß das Gesetz vom 19. Vent. Jahres XI und die Regierungs-Verordnung vom 27. September 1819 keine Anwendung litten, den Inhalt der Gesetze verkannt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königliche Revisions- und Cassationshof das Erkenntniß der gedachten correktionellen Kammer des Landgerichts zu Cöln vom 23. November 1837 und verordnet die Beischreibung am Rande des Cassirten.

Und in der Sache selbst erkennend:

nimmt er die Berufung des öffentlichen Ministeriums gegen das Erkenntniß der Zuchtpolizeikammer des Landgerichts zu Köln vom 4. September 1837 an; erachtet den Angeschuldigten einer Contravention gegen das Gesetz vom 19. Ventose Jahres XI, da er zugesteht, das Schröpfen als Gewerbe getrieben zu haben, für überführt, und in Anwenduug der gedachten gesetzlichen Verordnungen, namentlich des Art. 1 und des Artikels 35 des Gesetzes vom 19. Ventose Jahres XI., welche also lauten:

Art. 1. „Vom 1. Vendemiaire des Jahres XII. an zu rechnen, soll Niemand das Gewerbe eines Arztes, Wundarztes oder Gesundheitsbeamten ergreifen können, ohne geprüft und aufgenommen zu seyn, wie in dem gegenwärtigen Gesetz wird vorgeschrieben werden.“

Art. 35. „Sechs Monate nach Verkündigung des gegenwärtigen Gesetzes soll Jeder, welcher fortfahren wird, die Arznei- oder Wundarzneikunde oder Geburtshilfe auszuüben, ohne auf den Listen zu stehen, wovon in den Art. 25, 26 und 34 geredet ist, und ohne Urkunde, Zeugniß oder Aufnahmebrief zu haben, gerichtlich verfolgt und zu einer Geldbuße zum Vortheil der Armenpflegeanstalten verurtheilt werden.“

verurtheilt er den Peter Marx zu fünf Thaler Geldstrafe, der eventualiter eine Gefängnißstrafe von sieben Tagen zu substituiren ist, und in die Kosten.

Sitzung vom 15. September 1838.

Königliche Regierung. — Gastwirthe. — Polizeiliche Verordnung.

Die Königlichen Regierungen sind befugt, zu verordnen, daß alle Gast- und Logis-Wirthe in den öffentlichen Gaststuben und in den Logiszimmern einen vom Wirth verfaßten Preiszettel über Essen, Getränke, Logis u. s. w. anfertigen und in jedem Logiszimmer anheften sollen.

Oeffentliches Ministerium — August Blöm.

Die Königl. Regierung zu Düsseldorf erließ am 7. Oktober 1837 (Amtsblatt Stück 69) eine Verfügung, wonach alle Gast- und Logiswirthe in den öffentlichen Gaststuben und in den Logiszimmern einen vom Wirth verfaßten Preiszettel über Essen, Getränke, Logis, u. s. w. anfertigen und in jedem Logiszimmer anheften sollen.

Auf Veranlassung des Oberbürgermeisters zu Elberfeld wurden die Gastwirthe daselbst durch den Polizei-Inspektor Ellenberger auf diese Verfügung noch besonders aufmerksam gemacht. Dennoch ward sie von dem Gastgeber August Blöm zu Elberfeld nicht befolgt, und er deshalb vor das dortige Polizeigericht vorgeladen.

Der Beschuldigte excipirte, daß kein Strafgesetz über eine solche Unterlassung existire und die Königliche Regierung ohne eine Allerhöchste Kabinets-Ordre nicht ermächtigt sey, einen Contravenienten bestrafen zu lassen.

Das öffentliche Ministerium dagegen motivirte seinen Strafantrag durch folgende Gesetze und Verfügungen:

1. Die Königliche Kabinets-Ordre vom 28. Oktober 1810.
2. Die Königliche Kabinets-Ordre vom 7. September 1811.
3. Die Königliche Kabinets-Ordre vom 7. Februar 1835.
4. Die Regierungs-Verfügung vom 31. März 1835.
5. Die obengedachte Regierungs-Verfügung vom 7. Oktober 1837.
6. Das Ressortreglement vom 20. Juli 1818.
7. Die Churfürstliche Verordnung vom 16. April 1706, welche jedoch, wie das öffentliche Ministerium selbst bemerkt, eigentlich nur auf die Stadt Düsseldorf Bezug hat.

Alle diese Erlasse sind in sententia a qua extrahirt und lauten also:

1. Allerh. Kabinets-Ordre vom 28. Oktober 1810.

„Es versteht sich ferner von selbst, daß der Inhaber eines Gewerbscheins den polizeilichen Anordnungen eines jeden Ortes, wo er sein Gewerbe treibt, unterworfen ist, und bei Ausübung desselben den Beschränkungen, welche die Aufrechthaltung einer guten Polizei und aller andern allgemeinen Gesetze erfordert, unterworfen ist.“

2. Allerh. Kabinets-Ordre vom 7. September 1811.

„Gast- und Schenkwirthe rc. können ohne Attest der Polizeibehörde den Gewerbschein nicht erhalten. Alle Gastwirthe in den Städten erster und zweiter Klasse sind jedoch verpflichtet, monatlich sich selbst und zwar jeder für sich besonders, eine Taxe zu setzen, diese in allen Gaststuben anzuschlagen und im Laufe des Monats darnach zu liquidiren.“

3. Allerh. Kabinets-Ordre vom 7. Februar 1835.

„Wer ein Gewerbe, zu welchem ein polizeilicher Erlaubnißschein erforderlich, betreibt, ohne einen Erlaubnißschein oder den Verlängerungsbemerk auf dem früher ertheilten Schein zu haben, verfällt in eine Geldbuße von fünf bis fünfzig Thaler oder verhältnißmäßigen Arrest.“

4. Regierungs-Verfügung vom 31. März 1835.

„Die Allerh. Kabinets-Ordre vom 7. Februar dieses Jahres in Betreff des Kleinhandels mit Getränken auf dem Lande und des Gast- und Schankwirthschaftsbetriebes überhaupt für alle Theile der Monarchie hat diesen Gewerbbetrieb fernerhin einer allgemeinen Aufsicht und Controlle der Polizeibehörde unterworfen.“

5. Regierungs-Verfügung vom 7. Oktober 1837.

„In den Gasthöfen, Wirths- und Kaffeehäusern ist in den öffentlichen Gaststuben ein vom Wirth verfaßter Preiszettel über Essen, Getränke, Logis und überhaupt über die vom Wirth zu verabreichenden Gegenstände anzuschlagen.“

6. Das Ressortreglement vom 20. Juli 1818.

„Bei jeder Uebertretung eines Polizeigesetzes, das nicht besonders verpönt ist, soll von den Polizeigerichten auf eine Geldbuße von einem bis fünf Thaler erkannt werden.“

7. Churfürstliche Verordnung vom 16. April 1706.

Worin unter andern zu erlesen: daß die Preissätze an den Wirthstafeln nach Maßgabe ihrer Güte auf 30, 20, ꝛc. Stüber festgesetzt werden müssen nnd die gegenwärtige Verordnung in jedem Gastzimmer bei fünf Goldgülden Strafe öffentlich aufgehangen werde.

Das Königl. Polizeigericht sprach jedoch durch Erkenntniß vom 28. März dieses Jahres den Angeschuldigten von Strafe und Kosten frei. Die Gründe sind folgende:

J. E., daß weder das Edikt vom 28. Oktober 1810, noch das Gesetz vom 7. September 1811, worauf die Anklage sich hauptsächlich stützt, in den diesseitigen Provinzen der Monarchie vollständig publizirt, und ihrem ganzen Inhalte nach niemals Gesetzeskraft erlangt haben;

Daß, wenn ferner die Allerh. Kabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 die Eröffnung und Fortführnng von Gast- und Schankwirthschaften von der Erlaubniß der Ortspolizeibehörde abhängig macht, und für den Fall der Zuwiderhandlung eine Strafe von fünf bis fünfzig Thaler festgesetzt, hiernach zwar ein allgemeines Aufsichtsrecht der Lokalbehörde über den Betrieb solcher Wirthschaften anerkannt werden muß, daß aber hierdurch die concessionirten Wirthschaften vorzugsweise vor andern Gewerben besondern Verpflichtungen und Einschränkungen in ihrem freien Geschäftsbetriebe nicht unterworfen sind;

Daß es daher der Lokalpolizeibehörde überlassen bleiben muß, den Gastwirthen, welche sich den zu ihrer Controlle nöthig erachteten Maßregeln nicht fügen, die Verlängerung des Erlaubnißscheins zum Gewerbsbetriebe zu versagen;

Daß aber ein Strafantrag wider die widerspenstigen Gastwirthe aus dem Grunde nicht gerechtfertigt erscheint, weil ein Strafgesetz, welches der Regierungsverfügung als Grundlage und Stütze dienen könnte, erweislich nicht vorhanden (conf. Art. 1 — 4 des Straf-Gesetzbuchs), und die Königl. Regierungen nach § 11. der Instruktion vom 23 Oktober 1817 und § 32. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 nicht befugt sind, allgemeine Verbote und Strafbestimmungen selbstständig zu erlassen;

Daß daher die denuntiirten Handlungen als Contraventionen im Sinne des Strafrechts nicht angesehen werden können.

Tages darauf ergriff das öffentliche Ministerium den Cassationsrekurs wider dieses Erkenntniß. Zur Unterstützung ward lediglich auf das vor dem Polizeigericht Beigebrachte Bezug genommen.

Von Seiten des Angeschuldigten bestellte sich kein Anwalt.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisionsrathes Graun und den Antrag des die Stelle des Herrn General-Prokurators Eichhorn versehenden Herrn Geheimen Ober-Revisionsrathes Esser:

J. E., daß, wenn gleich das Edikt vom 28. Oktober 1810 und das die polizeilichen Verhältnisse der Gewerbe zum Gegenstand habende Gesetz vom 7. September 1811 nicht in ihrem ganzen Umfange in den Rheinprovinzen publicirt sind, und nach der Regierungs-Instruktion vom 23. Oktober 1817 die Regierungen allgemeine Verbote und Strafbestimmungen nicht ohne höhere Genehmigung erlassen dürfen, sofern das Verbot nicht an sich schon durch ein Gesetz feststeht, in letzterm aber die Strafe nicht ausdrücklich bestimmt ist: — doch nach eben dieser Instruktion die Oberaufsicht und Leitung der gewerbpolizeilichen Angelegenheiten ohne allen Zweifel zum Geschäftskreise der Königlichen Regierungen gehört;

Daß dieses durch die für alle Theile der Monarchie erlassene Königl. Kabinets-Ordre vom 7. Februar 1835 namentlich in Beziehung auf die Gast- und Schankwirthschaften und die dieserhalb zu ertheilenden oder zu versagenden Erlaubnißscheine noch ausdrücklich bestätigt wird;

Daß das Königliche Polizeigericht zu Elberfeld selbst zugeben muß, daß hiernach ein allgemeines Aufsichtsrecht der Lokalbehörde über den Betrieb solcher Wirthschaften anerkannt werden müsse, und daß es der Lokalpolizeibehörde sonach freistehe, den Gastwirthen, welche sich den zu ihrer Controlle nöthig erachteten Maßregeln nicht fügen, die Verlängerung des Erlaubnißscheins zum Gewerbbetriebe zu versagen.

J. E., daß, dieses vorausgesetzt, die Königl. Regierungen eben vermöge ihres allgemeinen Aufsichtsrechts und vermöge des Rechtes, die bestehenden lokalpolizeilichen Maßregeln nicht allein zu controliren, sondern auch selbst Polizeiverwaltungs-Regulative zu erlassen, unstreitig zu allen denjenigen Vorschriften ermächtigt sind, welche an die bestehende Gesetzgebung sich anschließend, nur die Handhabung einer guten polizeilichen Ordnung und Controlle bezwecken, ohne einem Geschäftsbetriebe gesetzwidrige Hindernisse in den Weg zu legen.

J. E., daß die Königliche Regierung zu Düsseldorf also vollkommen befugt war, durch die in Rede stehende, durch das Amtsblatt bekannt gemachte Verfügung vom 7. Oktober 1837 das Anheften von der Polizeibehörde visirter Preiszettel zu verordnen und daß bei Uebertretung dieser Vorschrift, im Mangel einer besonders festgesetzten Strafe, die Vorschrift des Ressortreglements vom 20. Juli 1818, § 33. zur Anwendung gebracht werden müßte.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Erkenntniß des Königl. Polizeigerichts zu Elberfeld vom 28. März dieses Jahres und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des cassirten Erkenntnisses.

Und zur Sache selbst mit Bezugnahme auf obige Gründe, und nach Einsicht des gedachten § 33. des Ressortreglements, welcher also lautet:

„Bei jeder Uebertretung eines Polizeigesetzes, das nicht besonders verpönt ist, soll von den Polizeigerichten auf eine Geldstrafe von einem bis fünf Thaler erkannt werden."

sowie mit Anwendung des § 88. Tit. 20. Thl. II. des allgem. Landrechts, verurtheilt er den Gastgeber August Blöm zu Elberfeld in eine Geldstrafe von einem Thaler, im Unvermögensfall in vier und zwanzigstündiges Gefängniß und in die Kosten des polizeilichen Verfahrens, so wie des gegenwärtigen Rekurses.

Sitzung vom 29. Oktober 1838.

Zuchtpolizeigericht. — Direkte Ladung. — Instruktionsrichter.

Wird ein Beschuldigter mittelst directer Ladung vor das Zuchtpolizeigericht gestellt, das Gericht aber findet, daß die Sache zur sofortigen Verhandlung in öffentlicher Sitzung nicht angethan, so ist dasselbe ungeachtet der directen Ladung befugt, zu bestimmen, daß die Sache vorläufig durch den Instructionsrichter untersucht werden solle.

Oeffentliches Ministerium — Wilhelm Böß.

Wilhelm Böß, Fuhrmann zu Solingen, wurde mittels direkter Ladung von dem öffentlichen Ministerium zu Elberfeld vor die dortige Zuchtpolizeikammer gestellt, unter der Beschuldigung:

„im Februar 1838 aus einem ihm zur Aufbewahrung und demnächstigen Ablieferung an eine dritte Person von dem Handelsmann Spitzer anvertrauten versiegelten Briefe zwei doppelte Friedrichs'dor entwendet und dieselben veruntreuet zu haben."

Er gestand die That ein, erklärte aber, er habe sich auf diese Weise wegen einer Forderung von 14 Thlr. an den Sohn des Spitzer bezahlt machen wollen, dem er auch den Ueberschuß angeboten. Das Gericht hielt diesen Einwand für erheblich und es zugleich für angemessen, die Sache zur Erörterung an den Untersuchungsrichter zu verweisen. Diese Verweisung wurde denn auch durch Urtheil vom 22. Juni 1838 ausgesprochen. Das öffentliche Ministerium legte demzufolge, um die Zeugen und den Beschuldigten zu vernehmen, die Sache dem Instruktionsrichter vor; dieser aber erklärte sich durch Beschluß vom 19. Juli ejusdem incompetent, weil die Sache einmal durch direkte Ladung bei der Zuchtpolizeikammer angebracht und eben deshalb der Cognition des Instruktionsrichters und der Rathskammer nicht mehr unterliege. Auf weitern Antrag des öffentlichen Ministeriums, die Sache der Rathskammer vorzutragen, entschied diese am 26. Juli 1838: „daß eine fernere Untersuchung durch den Instruktionsrichter nicht Statt finde."

An demselben Tage legte der Oberprokurator hiergegen Opposition ein und sagte in seinem Einsendungsberichte vom 28. ejusdem:

Daraus, daß der Art. 193 der Cr. P. O. verordnet, daß das Zuchtpolizeigericht, wenn es findet, daß das Faktum crimineller Natur, die

Sache vor dem Instruktionsrichter verweisen soll, scheint mir nur das Eine gefolgert werden zu können, daß das Gericht zu dergleichen Verweisung Befugniß habe,! nicht aber, daß seine Befugniß hierin nur so weit gehe, als seine Verpflichtung. Die Anwendung welche die Rathskammer von dem Art. 182 der Cr. P. O. gemacht, scheint mir nicht richtig. Der Artikel und Art. 181 bestimmen allgemein, wie strafbare Handlungen zur Cognition des correctionellen Gerichts gebracht werden; es ist hier allerdings der Effekt derselbe, mag die Verweisung durch die Rathskammer geschehen seyn, oder mag eine direkte Ladung ausgegangen seyn; daß die Gleichheit der Fälle aber so weit gehen solle, daß eine durch direkte Ladung anhängig gemachte Sache als formell instruirt anzusehen und gar nicht weiter vor den Instruktionsrichter gebracht werden könne, scheint mir aus der Fassung des Artikels nicht entnommen werden zu können. Eine derartige Interpretation würde auch dem Hauptzwecke des Instruktionsverfahrens — der möglichsten Enthüllung der Wahrheit sehr hinderlich seyn, wogegen ich einen praktischen Nutzen davon nicht ausfindig machen kann.

Das öffentliche Ministerium am Appellationsgerichtshofe nahm auch an, daß zwar die Zuchtpolizeikammer selbst oder nach Analogie der Art. 236 und 330 der Cr. P. O. durch einen aus ihrer Mitte bezeichneten Commissar die weitere Untersuchung der Sache habe vornehmen müssen, und nicht befugt sey, dem ihr coordinirten Instruktionsrichter ein Commissorium zur Untersuchung zu ertheilen und die Sache selbst doch an sich zu behalten, daß sie aber vorliegend sich der Sache durch ihr Urtheil ganz entschlagen und so davon desaisirt sey, ein Urtheil, welches nicht angefochten worden, und daß hierdurch die Sache in die Lage gekommen sey, in welcher sie sich vor der Ladung befunden, und in welcher unbedenklich das öffentliche Ministerium den Instruktionsrichter damit habe befassen können. Es trug daher dahin an, die Opposition anzunehmen, den Beschluß der Rathskammer aufzuheben und zu verordnen, daß die Sache durch den Instruktionsrichter untersucht werde.

Die Anklagekammer verwarf jedoch hierauf am 14. August 1838 die eingelegte Opposition aus folgenden Gründen:

J. E., daß das Audienzprotokoll vom 22. Juni d. J. in Verbindung mit den im Concepte vorliegenden Motiven des in jenem bekundeten Beschlusses auf unzweifelhafte Weise nachweist, daß die Sache lediglich zum Zwecke der Ermittelung eines in der öffentlichen Verhandlung zur Sprache gekommenen Thatumstandes und nicht aus Rücksicht einer obwaltenden Incompetenz in Gemäßheit des Art. 193 der Cr. P. O. an den Instruktionsrichter verwiesen worden ist;

Daß das Zuchtpolizeigericht in der unterstellten Nothwendigkeit einer vorbereitenden schriftlichen Instruktion nach der Natur der Sache und nach der in den Art. 236 und 330 der Cr. P. O. bestehenden Analogie diese Untersuchung nur einem seiner Mitglieder auftragen konnte, und dadurch, daß es die Sache an den Instruktionsrichter, als solchen verwies, eine Verfügung erlassen hat, zu der so wenig die Stellung beider Behörden gegeneinander, als ein Gesetz berechtigte. Daß das Zuchtpolizeigericht sich auch durch diese Verfügung der einmal durch direkte Ladung des Beschuldigten bei ihm anhängig gewordenen Sache nicht entledigen konnte und entledigt hat, da dies nur durch einen seine Jurisdiction erschöpfenden Akt geschehen konnte, einen solchen aber die bloße Anordnung einer näheren Instruktion auf keine Weise darstellt;

Daß sonach der Instruktionsrichter, indem er den auf eidliche Vernehmung der Zeugen an ihn gerichteten Antrag des öffentlichen Ministeriums vom 15. Juli ablehnte und ferner die Rathskammer, indem sie in dem angegriffenen Beschlusse entschied, daß eine Untersuchung durch den Instruktionsrichter nicht statt finde, gesetzlich verfahren sind, und es dem Königl. Oberprokurator überlassen bleibt, das Zweckdienliche zur weitern Verfolgung der bei dem Königl. Zuchtpolizeigerichte anhängigen Prozedur zu veranlassen.

In einem Berichte an den Herrn General-Prokurator v. 25. August stellte nun der Oberprokurator zu Elberfeld vor, daß zwischen der Entscheidung der Zuchtpolizeikammer, welche den Untersuchungsrichter mit der Sache befaßt, und der der Rathskammer, welche ihn davon entbindet, ein Conflikt bestehe, der durch den Cassationshof zu entscheiden sey, und bezieht sich wegen seiner eigenen Ansicht von der Sache auf den oben im Wesentlichen relativen Bericht vom 28. Juli.

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisionsrathes Jähnigen und den Antrag des Herrn General-Prokurators Eichhorn:

J. E., daß nach den Art. 45 und 47 der Criminal-Prozeßordnung der Regel nach jede correktionelle Sache, bevor sie zur Aburtheilung an das Zuchtpolizeigericht gelangt, der Erörterung des competenten Instruktionsrichters zu unterwerfen ist, damit dieser zur Verhandlung vor dem Gerichte vorbereite;

Daß zwar die Art. 64 und 182 ibid. einer auftretenden Civilpartei und dem öffentlichen Ministerio gestatten, sofort mittels direkter Ladung das Gericht wegen Aburtheilung einer correktionellen Sache anzugehen;

Daß aber, wenn diese Ausnahmsbestimmung nicht die gesetzliche Regel selbst zerstören soll, sie nur da in Anwendung kommen darf, wo die Sache entweder anderweitig schon genügend aufgeklärt ist, oder ohne Schwierigkeit in der Sitzung genügt aufgeklärt werden kann, um das Gericht in den Stand zu setzen darüber abzuurtheilen;

Daß eben deshalb, wo diese Bedingungen nicht vorhanden sind, die Regel in Anwendung kommen muß;

Daß die Beurtheilung, ob diese Bedingungen vorliegen, füglich nur von dem Gerichte selbst, welches in der Sache urtheilen soll, erfolgen kann, und mithin dieses, wenn es die Sache zur sofortigen Verhandlung in öffentlicher Sitzung nicht angethan findet, ungeachtet der erfolgten direkten Ladung befugt seyn muß, zu bestimmen, daß die Sache der Untersuchung durch den Instruktionsrichter zu unterwerfen sey.

J. E., daß der Art. 182 der Cr. P. O. nichts enthält, was dieser Folgerung entgegenstände;

Daß auch die Analogie der Art. 236 und 330 loco citato nicht zur Begründung einer entgegengesetzten Meinung anzuführen ist, da der erstere den Evocationsfall betrifft, den nämlich, wo der Appellationsgerichtshof im Interesse der Sache eine Untersuchung den competenten Untersuchungsbeamten zu entziehen für nöthig erachtet, und wo er eben deshalb auch nur aus seiner Mitte füglich Jemand bezeichnen kann, der die Untersuchung übernimmt, während im Falle des Art. 330 ein Gleiches in Bezug auf den Assisenhof gilt, weil es sich von einem, vor demselben Statt gehabten und sofort mit Bezug auf die Verhandlungen des Assisenhofes zu untersuchenden Verbrechen handelt, Verhandlungen, die nur die Mitglieder des Assisenhofes offiziell und genau kennen.

J. E., daß hiernach das Urtheil des Königl. Landgerichts zu Elberfeld vom 22. Juni 1838 vollkommen gerechtfertigt erscheint;

Daß, wenn hierauf der Instruktionsrichter zu Elberfeld sich durch Beschluß vom 19. Juli für incompetent erklärte, und die Rathskammer durch Beschluß vom 26. ejusdem sowie die Anklagekammer durch Entscheidung vom 14. August dieses Jahres dieses bestätigten, bei der eingetretenen Rechtskraft der über die Competenz sich widersprechenden Entscheidungen eine Competenzregulirung im obigen Sinne nothwendig wird.

Aus diesen Gründen

hebt der Königl. Revisions- und Cassationshof zur Feststellung der streitigen Competenz die Beschlüsse des Instruktionsrichters zu Elberfeld v. 19. Juli currentis, der dortigen Rathskammer vom 26. ejusdem und der Anklagekammer zu Cöln vom 14. August dieses Jahres auf, und verordnet, daß das Urtheil der Zuchtpolizeikammer zu Elberfeld vom 22. Juni currentis durch den Instruktionsrichter zu Elberfeld in Vollzug gesetzt werde.

Sitzung vom 31. Oktober 1838.

Lokalverordnung. — Stadtstraßen. — Wasserabfluß.

Im Großherzogthum Berg sind die Bürgermeister befugt, durch Polizeiverordnung den Bierbrauern u. s. w. zu untersagen, zur Winterzeit bei zugefrornen Strassenrinnen das von ihren Gewerben herkommende Wasser auf die Straßen zu schütten oder dahin auslaufen zu lassen.

Oeffentliches Ministerium — Köhler.

Der § 12. des von dem Bürgermeister zu Mülheim am Rhein am 20. August 1832 erlassenen, von der Königl. Regierung zu Köln am 4. September nämlichen Jahres bestätigten und gehörig verkündigten Polizei-Reglements zur Erhaltung der Ordnung und Reinlichkeit der Straßen in der Stadt Mühlheim am Rhein, untersagt den Bierbrauern u. s. w. im Winter bei zugefrornen Straßenrinnen das von ihren Gewerben herkommende Wasser auf die Straße zu schütten oder dahin auslaufen zu lassen.

Ludwig Köhler, 37 Jahre alt, Bierbrauer, in Mülheim wohnhaft, wurde beschuldigt, bei dem Frostwetter im Januar 1838 das Wasser aus seiner Bierbrauerei auf die Straße laufen gelassen und hierdurch das Gehen und Fahren auf derselben gefährdet zu haben.

Der Beschuldigte schützte bei dem Polizeigericht zu Mülheim vor, er sey zu jener Thathandlung befugt durch den Besitz, den er seit dem Jahre 1784 ungestört ausgeübt habe.

Nach gerichtlich abgehaltener Ortsbesichtigung trug das öffentliche Ministerium dahin an, den Beschuldigten auf den Grund des angeführten § 12. und des § 33. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 zu einer Geldbuße von 2 Thaler und in die Kosten zu verurtheilen.

Allein das Polizeigericht stellte durch Urtheil vom 13. Januar einstweilen das Verfahren, gab dem Beschuldigten jedoch vorher noch auf, in der Sitzung vom 14. Februar künftig die den Civilweg bahnenden Schritte nachzuweisen und zwar aus folgenden Gründen:

J. C., auf die Präjudicialfrage, daß der Beschuldigte behauptet, ein vor andern Bürgern zu Mülheim bevorzugtes Recht zum Ablassen des in seinen Brauerei überflüssigen Wassers auf die Straße zu haben, indem seine Brauerei diese Befugniß seit dem Jahre 1784 schon ungestört besitze, durch welche das Abfließen einer größern Quantität Wassers, als in einer Haushaltung vorkomme, nöthig geworden sey, mithin eine Ersitzung der Befugniß zu dieser Handlung in Anspruch nimmt;

Daß bis zur Erledigung der Civilfrage das polizeiliche Verfahren zu stellen nöthig wird.

Noch an demselben Tage meldete das öffentliche Ministerium das Cassationsgesuch an, welches dem Cassationsverklagten am 15. Januar zugestellt wurde.

Zur Rechtfertigung des Gesuchs stellte der Königl. Oberprokurator in Köln Folgendes auf:

Meines unmaßgeblichen Dafürhaltens ist der Cassationsrekurs zulässig und vollständig gegründet.

In ersterer Beziehung gestattet nämlich der Art. 172 der Cr. P. O. keine Berufung gegen die fraglichen Urtheile, sie sind als solche, welche in letzter Instanz erlassen werden, anzusehen. Eben so tragen sie auch nicht den Charakter der präparatorischen, sondern den der Definitiv-Erkenntnisse an sich, wenn man berücksichtigt, daß durch die petitorischen Exceptionen der Beschuldigten die Frage zunächst zur Entscheidung gelangen mußte, ob der Bürgermeister, als Verwaltungsbeamter der Polizei, zum Erlaß seiner Lokalverordnung vom 20. August 1832 gesetzlich befugt gewesen, ob sie die Beschuldigten haben binden können? Und diese Frage würde die präjudizielle Verweisung der Sache zum Civilrichter definitiv verneinend entschieden. Auf eine gleiche Weise hat auch schon der hohe Cassationshof in Sachen des öffentlichen Ministeriums gegen Bolbach und Consort. unterm 17. September 1836 (Rhein. Archiv, Bd. XXIV. 2 Abthl. S. 78) erkannt.

Was aber diese Competenzfrage anbelangt, so kann von Niemanden wohl bezweifelt werden, daß der Bürgermeister von Mülheim am 20. August 1832 zum Erlaß der fraglichen Bekanntmachung qualifizirt gewesen und daß dieselbe durch Genehmigung der Königl. Regierung für die Verwalteten verbindlich geworden war, denn die bezogene Verwaltungsordnung vom 18. Dezember 1808 macht es im § 28. sub. Nr. 5. und 7. dem Maire ausdrücklich zur Pflicht unter Aufsicht des Unterpräfekten und mit Genehmigung des Präfekten für die Reinlichkeit der öffentlichen Orte, Freiheit der öffentlichen Wege, für die Gesundheit und Reinlichkeit der Stadt zu sorgen, insbesondere aber die Stadtstraßen zu beaufsichtigen, und über diese Grenze hinaus ist die Polizeiverwaltung zu Mülheim nicht gegangen. Es kann aber auch abgesehen davon, daß man an Sachen, die dem allgemeinen Verkehr entzogen sind, kein Eigenthum, mithin auch keine Gerechtsame durch Verjährung acquiriren kann, und daß in dieser Beziehung die Beschuldigten respektive ihre Rechtsvorfahren nur abusive das fragliche Wasser auf die Straße haben laufen gelassen, oder daß sie es nur so lange laufen lassen durften, bis es ihnen speziell untersagt war, eine Acquisitiv-Verjährung um so weniger rechtlich begründet seyn, als sich Pönal-Verordnungen nachweisen lassen, welche im Bergischen schon vor 1808 die fragliche Handlung verboten. So bestimmt namentlich die am 26. Januar 1822 im § 9. publizirte bergische Verordnung vom 21. Dezember 1798, daß die an die Land

straßen anstoßenden Hausbesitzer bei 3 bis 10 Thaler Strafe keinen Unrath darauf werfen dürfen, während die Wegeordnung noch speziellere Vorschriften aufstellt.

Der Polizeirichter durfte daher durch seine Verweisung der Parteien respektive der Beschuldigten auf den Civilweg der Polizeibehörde in Mülheim die Competenz zum Erlaß der in Rede stehenden Bekanntmachung nicht absprechen, er mußte vielmehr, die Exceptionen der Beschuldigten abweisend, nach dem Antrag des öffentlichen Ministeriums erkennen, da in facto die Contravention durch die Verbalprozesse der Gendarmerie constatirt und Seitens der Beschuldigten die Thatsache nicht in Abrede gestellt, sondern implicite zugegeben worden war.

Indem der Polizeirichter entgegengesetzt handelte, verletzte er den § 28. der Verwaltungsordnung für Berg vom 18. Dezember 1808, so wie den Art. 161 der Cr. P. O. und unterwarf sein Urtheil in Folge des Art. 408 und 413 ibid. der Cassation.

Auch die hiesigen Gewerbtreibenden lehnten sich gegen eine gleiche, vom ehemaligen Polizei-Präsidium unterm 30. März 1830 erlassene Bekanntmachung auf. Sie wendeten sich sogar an das Königl. Ministerium des Innern und der Polizei, wurden aber am 12. Oktober ejusd. gleichfalls mit ihrem vermeintlichen Rechte abgewiesen, dieses Reskript sowohl, wie eine damit in Verbindung stehende Verfügung der Königl. Regierung vom 31. August ejusdem beehre ich mich beizufügen.

Der Antrag geht dahin:

„Die mehrbezogenen beiden Urtheile des Polizeigerichts zu Mülheim (nämlich das in der jetzt vorliegenden Sache gegen Ludwig Köhler und das in einer andern ähnlichen Sache gegen Karl Friedrich Rehm) zu cassiren und an dessen Stelle tretend auf Grund der Lokalordnung vom 20. August 1832 und des Art. 471 Nr. 4. des Str. G. B., ferner des Art. 162 der Cr. P. O., einem Jeden der Beschuldigten zu einer Geldbuße von 1 Thaler, im Nichtzahlungsfalle zu einer eintägigen Gefängnißstrafe und in die Kosten zu condemniren."

Auf den Vortrag des Herrn Geheimen Ober-Revisionsrathes Esser und den Antrag des Herrn General-Prokurators Eichhorn:

J. E., daß nach Art. 28 des Bergischen Decrets vom 18. Dezember 1808, die den Maires unter Autorität der Präfekten und der Mitaufsicht der Unterpräfekten obliegenden Amtsverrichtungen unter andern im Folgenden bestehen:

Nr. 5. „Dafür Sorge zu tragen, daß die Einwohner die Vortheile einer guten Polizei, vornehmlich in Hinsicht der Reinlichkeit, Gesundheitspflege, Sicherheit und Ruhe in den Straßen, öffentlichen Oertern und Gebäuden genießen."

Nr 7. „Die Freiheit und Sicherheit der öffentlichen Wege zu handhaben, die Aufsicht über die Straßen zu führen, für die Gesundheit und Reinlichkeit der Stadt zu sorgen, gegen Feuersbrünste und Ueberschwemmungen Vorkehrungen zu treffen."

Daß das von dem Bürgermeister zu Mülheim am 20. August 1832 erlassene und von der Königl. Regierung zu Köln am 4. September nämlichen Jahres genehmigte Polizei-Reglement die Erhaltung der Ordnung und Reinlichkeit der Straßen in der Stadt Mülheim zum Gegenstande hat, und insbesondere der § 12. den Bierbrauern rc. untersagt,

im Winter bei zugefrornen Straßenrinnen das von ihren Gewerben herkommende Wasser auf die Straßen zu schütten oder dahin auslaufen zu lassen;

Daß die Bestimmung dieses § 12. sich innerhalb der Grenzen in jenem Dekret vom 18. Dezbr. 1808 der Munizipalverwaltung ertheilten Befugnisse bewegt, mit andern Worten sich an dieses Dekret anschließt, folglich, weil das Reglement gehörig bekannt gemacht worden, bindende Kraft hat;

Daß die gegen den Cassationsverklagten thatsächlich festgestellte Beschuldigung, bei dem Frostwetter im Januar letzthin das Wasser aus seiner Bierbrauerei in die Straße ablaufen gelassen, und hierdurch das Gehen und Fahren auf derselben gefährdet zu haben, durch den angeführten § 12. polizeilich verboten, mithin durch den § 33. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 verpönt ist;

Daß, wie die freie Ausübung des Eigenthumsrechts nach Art. 544 des B. G. B. durch bindende Polizeireglements beschränkt werden kann, eben so dies auch bei andern Rechten, die einer Dienstbarkeit ähneln, der Fall ist;

Daß daher das von dem Cassationsverklagten vorgeschützte Recht des Wasserablaufs auf die Straße, selbst wenn es erwiesen wäre, durch den § 12. des Reglements jedenfalls bei zugefrornen Straßenrinnen in der Ausübung beschränkt seyn würde, sohin in dem vorliegenden Falle keine Präjudicialfrage bilden konnte;

Daß folglich das Polizeigericht, indem es das Strafverfahren von einer Präjudicialfrage abhängig machte, und, dem Strafantrag des öffentlichen Ministeriums zuwider stellte, den Art. 28 des Bergischen Decrets vom 18. Dezbr. 1808 und die Art. 161 u. 408 der Cr. P. O. verletzt hat.

Aus diesen Gründen

cassirt der Königl. Revisions- und Cassationshof das Urtheil des Polizeigerichts zu Mülheim vom 13. Januar d. J. und verordnet die Beischreibung des gegenwärtigen Urtheils am Rande des Cassirten.

Und, indem er in der Sache selbst erkennt, verurtheilt er den Beschuldigten Ludwig Köhler, mittelst Anwendung des § 12. des Polizeireglements der Stadt Mülheim a. Rhein vom 20. August 1832 des § 33. des Ressortreglements vom 20. Juli 1818 und des Art. 162 der Cr. P. O., welche also lauten:

Polizeireglement der Stadt Mülheim am Rhein am 20. August 1838.

§ 12. Den Bierbrauern ꝛc. ꝛc. ist es untersagt, im Winter bei zugefrornen Straßenrinnen das von ihren Gewerben herkommende Wasser auf die Straße zu schütten oder dahin auslaufen zu lassen.

Ressortreglements vom 20. Juli 1818.

§ 33. Bei jeder Uebertretung eines Polizeigesetzes, das nicht besonders verpönt ist, soll von den Polizeigerichten auf eine Geldstrafe von 1 bis 5 Thlr. erkannt worden.

Criminalproceßordnung.

Art. 162. Der sachfällig Erklärte muß zugleich in die Kosten einschließlich derjenigen des öffentlichen Ministeriums verurtheil werden.

zu einer Geldbuße von einem Thlr. im Nichtzahlungsfalle zu einer eintägigen Gefängnißstrafe und in die Kosten.

Sitzung vom 11. Juli 1838.

Zweite Abtheilung

B.

Rechtswissenschaft.

Vom Besitz in Beziehung auf den Fruchterwerb *).

Das Recht des Eigenthümers an den Früchten einer Sache ist bei diesem nicht durch den Besitz bedingt. Zwischen der Person des Eigenthümers und der Sache, die dieser einmal erworben, der er zum Zeichen dieser seiner Erwerbung gleichsam ein Siegel aufgedrückt, besteht in der That eine feste Verbindung. Durch die Zeit kann diese wohl aufgelöst werden, aber bis zum Ablauf der entscheidenden Frist genießt sie den Schutz der Gesetze [1]).

Dieses Verhältniß der Person und der Sache zu einander, obgleich durch kein äußeres Zeichen erkennbar, besteht nichts destoweniger.

Wie alle unkörperlichen Dinge ist es ein Recht, das nur im Begriff existirt: das Wort Eigenthum drückt es aus; mehrere Gesetze erkennen es ausdrücklich an und die gesammte bürgerliche Gesetzgebung setzt dasselbe voraus [2]).

Die Früchte bilden Theil des Bodens, worin sie gewachsen, und man kann im Allgemeinen die Erndte als ein accessorium des Grundstückes betrachten: omnis fructus non jure seminis, sed jure soli percipitur [3]).

Wenn daher der bloße Besitzer d. h. derjenige der sich in der bloßen, vom Recht getrennten, Detention befindet, eigenmächtig über die Sache disponirt, so lastet auf ihm die Verpflichtung, Rechnung über die Früchte abzulegen: denn der Besitzer erwirbt nicht als solcher, sondern nur als redlicher Besitzer, das Eigenthum der Früchte und zwar vermöge einer

*) Dieser Aufsatz ist aus einem Werke, betitelt: Traité de legislation et de jurisprudence suivant l'ordre du code civil, geschöpft, welches Herr Hennequin, einer der angesehensten Advokaten zu Paris und Deputirter, zu Ende Juli d. J. herausgeben wird. Wir theilen hier den Lesern des Archiv's eine Uebersetzung jenes Aufsatzes mit, weil derselbe uns sehr gründlich scheint und eine sehr gangbare Materie behandelt, die nichts desto weniger einer zweckmäßigen Beleuchtung ermangelte.

1) Rem in bonis nostris habere intelligimus, quoties, possidentes exceptionem, aut amittentes ad recuperandam eam, actionem habemus. l. 52. D. 41. 1.

2) Bentham, traité de la législation civile et pénale, chap. 8. tom. I, pag. 196. 1830.

3) L. 1. D. 22. 1.

Ausnahme, die durch die Rücksicht auf das allgemeine Wohl und die Billigkeit gerechtfertigt wird [4]).

Die Arbeit muß, so viel wie möglich, Schutz und Sicherheit genießen. Einem fleißigen arbeitsamen Menschen, der nach Maßgabe seiner Einkünfte, in dem Glauben, er sey in der Verfügung über dieselben durch das Recht eines Andern nicht beschränkt, auch seine Ausgabe ordnet, darf nicht unvermuthet die Restitution eines vergangenen Zustandes, dessen Elemente er nicht mehr in seiner Gewalt hat, zur Pflicht gemacht werden können. Die Industrie, die redliche Ueberzeugung dürfen nicht bis zu diesem Grade dem Interesse des Eigenthümers aufgeopfert werden. Letztern trifft die Schuld seines Schweigens oder auch, wenn man will, seines Unglücks, gewiß aber kann er nicht befugt erscheinen, die Last des eignen Mißgeschicks auf einen Andern zu wälzen. Der gute Glaube ist der Titel des redlichen Besitzes; was er vernünftiger Weise für Wahrheit halten konnte, muß für ihn auch deren Stelle vertreten [5]).

Die Rücksichten, die für den redlichen Besitzer sprechen, sprechen eben auch gegen den Spoliator, der wissend, daß die Sache fremdes Gut ist, den Besitz ergreift oder sich darin zu behaupten sucht; und es ist wirklich zu verwundern daß diese im römischen Rechte [6]) so klar und bestimmt ausgebildete Theorie, im französischen Rechte erst so spät hat Eingang finden können.

Vor weniger als 35 Jahren konnte unter uns noch die Frage aufgeworfen werden, ob der Besitzer nicht zur Restitution wenigstens eines Theiles der Früchte verbunden wäre? Die Ursache dieses Bedenkens lag in der Fassung der Ordonnanz von 1539. Nach den Worten dieser Ordonnanz, Art. 94, sollten nämlich die Früchte, im Falle einer Vindication, „nicht blos von der litiscontestation an, sondern von jedem Momente angerechnet, wo der Verklagte in Verzug und bösen Glauben versetzt worden, zuerkannt werden.“ Hierin lag unverkennbar, daß der Besitzer bis dahin, ehe er Kenntniß von dem Rechte des Andern erhalten, die Früchte lucriren sollte. Obgleich dieses darin nur mittelst eines argumenti a contrario, was man niemals als völlig untrüglich erachtete, gefunden werden konnte, so hat sich doch, nach mehreren transactionellen Entscheidungen, die Jurisprudenz für diese Ansicht entschieden und festgestellt [7]).

---

4) Es gehört in die Lehre von der Verjährung den Besitz zu definiren und dessen Wesen zu bestimmen. Hier sind die Worte Besitz, Besitzer im gewöhnlichen Sinne genommen und bezeichnen die unter dem Titel eines Eigenthümers stattfindende Detention einer Sache, deren wirkliches Eigenthum bei einer andern Person beruht.

5) Bona fides tandundem possidenti præstat quantum veritas l. 136. D. 50. 17. in pecudum fructu etiam fœtus est, sicut lac et pilus et lana: itaque agni et hœdi et vituli statim pleno jure sunt bonæ fidei possessoris. l. 28. D. 22. 1.

6) Potest dividi possessionis genus in duas species, ut possideatur, aut bona fide, aut non bona fide. l. 3. § 22. D. 41. 2. bonæ fidei emtor non dubie percipiendo fructus etiam ex aliena re, suos interim facit. l. 48. D. 41. 1.

7) Thieffries, C. Verrier et Caffard, 11. Juin 1806, Cass. D. P. I. 345. P. 2., 1806, 565.

So war der Stand der Dinge, als das bürgerliche Gesetzbuch erschien, und sowohl die Regel wie die Ausnahme gesetzlich bestätigte durch den Art. 549, der also lautet: „der bloße Besitzer erwirbt die Früchte nur dann, wenn er in gutem Glauben besitzt, im entgegengesetzten Falle ist er verbunden, die Nutzungen mit der Sache dem vindizirenden Eigenthümer herauszugeben."

Der Besitzer in gutem Glauben, in Beziehung auf den Fruchterwerb dem Eigenthümer selbst fast gleich gestellt, braucht die Früchte nur zu trennen, zu mobiliarisiren, und er hat sie auch erworben. Von dem Momente an, wo sie separirt sind, bilden sie in der Hand des auf seinen Titel vertrauenden Besitzers ein vollkommenes und unwiderrufliches Eigenthum [8]). Dazu, daß dieser zu Gunsten des unverschuldeten Irrthumes eingeführten Ausnahme Statt gegeben werde, bedarf es nicht auch der Consumtion, sondern die alleinige Perception reicht schon hin; und dieses stimmt nicht nur mit dem ältern französischen, sondern auch mit dem römischen Rechte überein, obgleich dieses freilich noch bezweifelt werden könnte.

Nach Gesetzesstellen, die wegen ihrer Bestimmtheit keinen Zweifel übrig lassen, sind die separirten und gesammelten Früchte, auch wenn sie auf dem Grundstücke noch zurückgelassen seyn sollten, dennoch für das Eigenthum des Besitzers zu halten [9]). Zwar heißt es in einer Stelle des Codex, daß selbst der Besitzer in gutem Glauben die existirenden Früchte mit herausgeben müsse [10]), und hiemit scheint allerdings eine nach der französischen Gesetzgebung unzulässige Distinction aufgestellt zu seyn. Allein der Widerspruch ist nur scheinbar; im Augenblicke der zu veranstaltenden Rückgabe, folglich, nach der Anstellung der rei vindicatio, muß restituirt werden mit allen Früchten, die noch einen Theil desselben ausmachen, d. h. mit allen, zu dieser Zeit noch nicht separirten Früchten. In diesem Sinne ist das Wort exstantes in der angeführten römischen Gesetzesstelle zu nehmen. Abgesehen von dem Falle, wo die Rückgabe auf gütlichem Wege erfolgt, haftet der Besitzer nach der litiscontestation, durchaus wegen aller Früchte, sowohl wegen derjenigen die bei Anstellung der Eigenthumsklage mit der Hauptsache verbunden waren, als auch wegen derjenigen die seitdem gesammelt wurden, universos. Diese Entscheidungen, bei denen vorausgesetzt wird, daß der Irrthum aufgehört habe, lassen sich vollkommen mit denjenigen Gesetzesstellen in Einklang bringen, die Fälle betreffen, wo der gute Glaube noch als fortdauernd angenommen wird.

Dann bemerke man noch, daß die ohne Mitwirkung menschlichen Fleißes entstehenden Früchte, wie die rein natürlichen und die bürgerlichen, gleichfalls unter der generellen Bestimmung des Art. 549 begriffen sind [11]).

---

[8]) Bonæ fidei possessor in percipiendis fructibus id juris habet, quod dominis prædiorum tributum est. l. 25. D. 22. 1.

[9]) Bonæ fidei possessoris (fructus fiunt) mox cum a solo separati sunt. l. 13. D. 7. 4. l. 78 in fin. D. 6. 1.

[10]) Certum est, malæ fidei possessores omnes fructus solere cum ipsa re praestare: bonae fidei vero, extantes; post autem litis contestationem universos. l. 22. C. 3. 32. l. 3. C. 4. 9.

[11]) Non tantum eos, drückt sich das römische Recht aus, qui diligentia et opera ejus pervenerunt, sed omnes: quia quod ad fructus attinet, loco domini pene est. l. 48. pr. D. 41. 1.

Nachdem nun so von der Begünstigung, die der gute Glaube genießt, gehandelt worden, wird auch füglich von den Thatumständen, die diesen bedingen, gesprochen werden können.

In gutem Glauben besitzen, heißt den Rechtstitel, kraft dessen man besitzt, für rechtmäßig halten; aber man hüte sich vor dem Mißverständniß, es sey ein Titel als causa efficiens erforderlich.

Ein Titel ist nicht immer ein schriftlicher Act. Ein Titel ist vorhanden, wenn nur ein rechtmäßiger, Eigenthum übertragender, Rechtsgrund (cause) vorhanden ist. Nun wird aber das Eigenthum erworben und übertragen, durch Erbfolge, Schenkung unter Lebenden und auf den Todesfall, und durch Obligationen [12]. Der Besitz in gutem Glauben kann daher auch auf dem Erbrechte beruhen; dies ist gewiß richtig, hätte aber doch, da nach der gewöhnlichen Vorstellungsweise das Wort Titel hierauf weniger zu passen scheint, wohl ausdrücklich gesagt werden sollen. Vor allem aber ist zu bemerken, daß, wenn auch der Titel vermöge seiner Natur zur Uebertragung des Eigenthumes geeignet seyn muß, doch nothwendig vorausgesetzt wird, daß gerade wegen eines vernichtenden aber dabei nicht in die Augen springenden Mangels das Eigenthum selbst nicht übergegangen sey. Denn wäre dieses der Fall, so würde nun nicht bloßer Besitz und guter Glaube, sondern ein wahres Eigenthumsrecht vorhanden seyn. Nur aus der Nichtigkeit des Titels kann jener Vortheil entspringen, der ausnahmsweise dem Besitzer eingeräumt wird.

Das zweite wesentliche Erforderniß des guten Glaubens besteht darin, daß der Besitzer seinem Titel eine Wirksamkeit, eine Rechtmäßigkeit beilegen konnte, die er an sich nicht hatte; wenn z. B. Jemand durch besondere Umstände irre geleitet, den Mandatar oder den Vormund für den Eigenthümer hält, und von diesem die Sache des Mandanten oder des Pupillen kauft. Bonae fidei emtor videtur, sagt das römische Recht, qui ignoravit rem alienam esse, aut putavit eum qui vendidit, jus vendendi habere; puta procuratorem aut tutorem esse [13])

Jede Vindication, die der Eigenthümer wider den Besitzer auf Herausgabe von Früchten richtet, involvirt eine Beschuldigung; dem Kläger liegt demnach die Beweislast ob. Dem Besitzer steht bis zum Beweise des Gegentheils die Vermuthung des guten Glaubens zur Seite. „Das bürgerliche Gesetz — sagte Portalis — erforschet nicht das Gewissen der Menschen, die Gedanken liegen außer seinem Gebiete." Wer behauptet, beschuldigt, hat den Beweis zu führen; das Gute ist immer als bewiesen anzunehmen so lange nicht sein Gegentheil bewiesen ist; und diese gesetzliche Vermuthung kann auch nicht durch bloße Wahrscheinlichkeit, sondern nur durch die höchste moralische Gewißheit entkräftet und umgestoßen

---

Pro cultura et cura, sagen die Institutionen, was auch auf die rein natürlichen Früchte paßt, insofern das Aufbewahren und Einsammeln derselben auch nicht ohne Zuthun menschlichen Fleißes geschehen kann; für keinen Fall können aber diese Ausdrücke die so bestimmte Verfügung der Institutionen selbst: *fructus, quos percepit ejus esse*, § 33. J. 2. 1. beschränken.

[12]) Genera possessionum tot sunt, quot et causa acquirendi ejus, quod nostrum est: valuti pro emtore, pro donato, pro legato, pro dote, pro *herede*. l. 3. § 21. D. 41. 2.

[13]) L. 109. D. de V. S.

werden. Ja man kann sagen: der Irrthum ist eben der gute Glaube, ein Satz, der der Praxis seinen Ursprung verdankt und diese vollständig wiedergibt [14]).

Ein Besitzer darf wohl eine Nullität in der Form ignoriren, die dem kundigen und gewandten Beamten, der den Act redigirte, entging, z. B. ein Notar vergißt, nachdem er alle zur Gültigkeit einer Schenkung erforderlichen Unterschriften aufgenommen hat, bei Erwähnung der Erfüllung sämmtlicher gesetzlicher Förmlichkeiten, von der Unterschrift des Geschenkgebers Meldung zu thun. Hier wird zwar die Richtigkeit der Schenkung erkannt, allein eine Verpflichtung zur Restitution der Früchte wird nicht anzunehmen seyn [15]).

Der Besitzer kann sogar über den Sinn seines Titels im Irrthume seyn, er kann in der Auslegung einer zweifelhaften Clausel sich täuschen, ohne darum den Strafen des bösen Glaubens zu unterliegen [16]). Gleichwohl wird auch dieses seine Grenzen haben müssen.

Der Irrthum und, folgeweise, der gute Glaube, lassen sich nicht mehr annehmen, wo klare durchaus gebietende, von der competenten Auctorität erlassene, und gehörig bekannt gemachte Bestimmungen, die wohl nicht verkannt noch übersehen werden konnten, entgegenstehen [17]). Dasselbe ist der Fall bei den Nichtigkeiten in der Form, wenn nämlich die Nullität nicht in einer kaum wahrnehmbaren Unregelmäßigkeit, die leicht übersehen wird, sondern in einer wahren Formverletzung besteht, die auch dem Unaufmerksamsten in die Augen springen mußte.

Wenn z. B. nach Aufhebung des Gesetzes, welches gegenseitige Schenkungen unter Ehegatten in ein und demselben Acte gestattete, zwei Eheleute vor einem Notar erscheinen und ihn ersuchen, über eine von ihnen beabsichtigte gegenseitige Schenkung einen einzigen Act aufzunehmen und der Notar willfährt ihrem Verlangen, so wird dieser Irrthum, da er nicht eine Thatsache, sondern einen Rechtssatz betrifft dem Besitz keine Begünstigung gewähren können [18]), denn der Rechtsirrthum entschuldigt Niemanden [19]). Ebenso verhielt es sich im ehemaligen Rechte mit dem Besitze, der sich auf eine Schenkung gründete, die zwischen Ehegatten während der Ehe stattgefunden hatte, insofern nämlich auch hier ein ausdrückliches und die Nichtigkeit verhängendes gesetzliches Verbot entgegenstand.

Der böse Glaube, treffend characterisirt als scientia rei alienae, muß demjenigen persönlich inwohnen, dem man denselben zur Last legen

---

[14]) Berteur, C. Breta, 10. Sept. 1810, D A. tom. 12, 447. Auch liest man bei Vinnius: huic nostrae opinioni causam deberet justa et *probabilis* facti ignorantia.

[15]) Lotten, C. Bron, 7. Mai 1819; Douai, D. P. 20, 2, 53. heritiers Leroy, C. Chinon, 9. Mars 1835; Angers, D. P., 26, 2, 175.

[16]) Cornaud, C. Angan, 17. Janvier 1827; Bordeaux, D. P., 28. 2, 134. D. A. tom. 12, pag. 447.

[17]) Commune de Bazonges, C. Schiex, 20. Mai 1829. Cass. D. P., 30, 1, 22.

[18]) Chalopin, C. de Laroche et Paris, 28. Août 1832; Bourges, D. P., 34, 2, 74.

[19]) Quod si scias pupillum esse, putes tamen, pupillis licere res suas sine tutoris auctoritate administrare non capies usu; quia *error nulli prodest.* L. 2. § 15. D. 41. 4.

will. Die Früchte werden Tag für Tag erworben, darum muß auf den guten oder bösen Glauben des Besitzers im Augenblicke der Perception gesehen werden. Hätte der Besitzer, um sich in dem Eigenthume der gezogenen Früchte zu behaupten, nöthig, den Besitz seiner Rechtsvorgänger zu Hülfe zu nehmen, so würde er allerdings auch gehalten seyn, diesen Besitz ebenso anzunehmen, wie ihn der gute oder böse Glaube seiner Vorgänger gestattet hat, wie dies bei der Verjährung der Fall ist. Die Verjährung kann in der That nur aus einem ununterbrochenen, während eines Zeitraumes von mehreren Jahren fortbestandenen, gesetzmäßigen Besitzstande entstehen. Handelt es sich nämlich von der 10 oder 20 jährigen Verjährung, so muß der Besitz während der Dauer des einen oder andern Zeitraumes ruhig, öffentlich, unzweideutig, vermöge eines Eigenthumstitels, und in gutem Glauben ausgeübt worden seyn. Rücksichtlich des Fruchterwerbes aber verhält es sich anders; hier ist so oft ein Erwerb vorhanden, als eine perceptio stattfindet, und es genügt, wenn nur der gute Glaube bei jedem einzelnen Erwerbungsacte vorhanden ist, magis est, ut singula momenta spectemus. Es erscheint darum auch unstatthaft, auf die Erwerbung der Früchte die Grundsätze über die Personen-Einheit des Erblassers und des Erben anzuwenden, was allerdings zuläßig ist, sobald es sich vom Erwerbe des Grundstückes selbst handelt [20].

Der Hauptgrund, den Pothier für die entgegengesetzte Meinung anführt, ist der, daß der Besitz, in welchen der Erbe succedire, ebenderselbe sey, welcher der Erblasser gehabt habe. Diese Argumentation setzt voraus, daß der Erbe in den Besitz seines Auctors succedire. Das ist nun freilich wahr, wenn der Verjährungsbesitz, der einen continuirlichen Zeitraum von 10 oder 20 Jahren angedauert haben muß, in Frage steht, weil hier die Rechts- und Thathandlungen des Erblassers nothwendig anerkannt werden müssen; im untergebenen Falle aber, wo es sich von einem so zu sagen täglichen Besitze handelt, der mit Eröffnung der Erbschaft beginnt, und dem besitzenden Erben von Tag zu Tag auch ein entsprechendes Recht auf die Früchte gewährt, darf dies nicht angenommen werden. Dieser lediglich von der Person des Erben abhängende Besitz darf auch nur nach den Handlungen des Erben beurtheilt werden und hier findet der Satz keine Anwendung: heredis quoque succedentis in vitium par habenda fortuna est. Da es möglich, ja sogar sehr natürlich ist, daß der Erbe die Gegenstände, die er im Nachlasse vorfindet, für rechtmäßig erworben halte, so steht durchaus nichts im Wege, was verhindern könnte, daß einem gewaltsam, bittweise oder heimlich erlangten Besitze ein anderer Besitz folgt, der zum Erwerb der Früchte hinreiche. Dies ist die Meinung von Duranton; der Besitz, sagt dieser scharfsinnige Rechtslehrer, ist ein thatsächliches und nicht ein Rechtsverhältniß, und es folget hieraus, daß der Erbe wenn er in gutem Glauben sey, die Früchte so lange erwerbe, bis er über die Fehler seines Besitzstandes Aufklärung erlangt habe.

Wenn eine Stelle des Codex den Erben zur Herausgabe der von dem Erblasser in bösem Glauben gezogenen Früchte verpflichtet, so kann diese doch nicht zur Begründung der entgegengesetzten Ansicht benutzt werden, weil in dem Falle jenes Gesetzes der Erbe aufgefordert worden war, den

---

20) L. 23. § 1. D. 41. 1.

gegen den Erblasser bereits angehobenen Prozeß fortzusetzen und er so Kenntniß von dem Rechte des Andern erlangt hatte [21]).

Zwar ist in einem Urtheile erkannt worden, die Erben könnten das nicht in gutem Glauben besitzen, was ihr Vater in bösem Glauben besessen habe, allein das ist eine petitio principii, die die Ansicht Pothiers ohne alle Begründung wiederholt und ebendarum auch jede Widerlegung überflüßig macht [22]).

Delvincourt entscheidet sich nach einer lichtvollen Auseinandersetzung der Streitfrage für die der unsrigen entgegengesetzte Ansicht: „der Besitzer in bösem Glauben, sagt er, hat nicht bloß die Verpflichtung die Sache zu restituiren, sondern auch dem Eigenthümer allen Schaden zu ersetzen, der diesem durch die Verzögerung der Rückgabe erwachsen sein kann" [23]).

Diese Verpflichtung bestreiten wir zwar im Allgemeinen nicht, wohl aber ihre Ausdehnung auf eine Thatsache, die erst nach Eröffnung der Erbschaft eintritt. Der Erbe findet in der Erbschaft eine Verbindlichkeit zur Restitution von Früchten, die erst nach dem Tode des vormaligen Besitzers gezogen werden, nicht vor, der Erbe ist ein neuer Besitzer. Jede einzelne Wiederholung der perceptio muß nach dem guten oder bösen Glauben, der die Handlung der perceptio begleitet, beurtheilt werden. Der Besitzer, der, wie bemerkt, mit der Erbschaft keine Verpflichtung zur Restitution der noch nicht percipirten Früchte übernimmt und bei dem Recht die von ihm percipirten Früchte zu behalten oder die Verbindlichkeit Rechnung darüber zu legen, nicht von seiner Eigenschaft als Erbe, ja nicht einmal von seinem Titel als Besitzer, sondern lediglich von der

---

[21]) L. 2. C. 7. 51. Dies ist die Meinung von Voët über diese Stelle: Cum ibi agatur de herede, etiam in mala fide posito. lib. 41. tit. 1. de acqu. rer. dom. tom. 4. pag. 738. Die Worte des Gesetzes sind in der That bestimmt, weil der Erbe nicht bloß der Person, sondern auch dem bösen Glauben seines Auctors succedirt, darum muß ihre Lage auch die nämliche seyn. Domat, der nicht zugeben will, daß der gute Glaube des Erben die Wirkungen des bösen Glaubens des Erblassers aufzuheben vermöge, bezieht sich zur Begründung dieser Ansicht einzig und allein auf jene L. 2. C., die aber unterstellt, daß der Erbe sich in keinem bessern Glauben befinde, als sein Auctor.

[22]) Haise, C. Yseline, 23. Juillet 1826; Caen, D. P. 28, 2, 15; betrachtet man besondere Umstände dieses Falles, so ist klar, daß hier der eigne böse Glaube der Erben bewiesen war. Denn konnte die am 19 März 1805 von den Schwestern Esseline's angestellte Theilungsklage den Kindern desselben wohl unbekannt geblieben sein? War die von Esselin im Jahre 1813 unter seinen Kindern bewerkstelligte Theilung nicht dem Resultate des im Jahre 1805 eingehobenen Prozesses untergeordnet worden? Man kann nicht annehmen, daß die Erben von der günstigen nnd notorischen Klage der Schwestern keine Kenntniß sollten erlangt haben. Der Grundsatz, den das Urtheil aufstellt, lautet allerdings absolut und allgemein, aber auf die Entscheidung selbst haben unverkennbar die besondren Umstände des Falles eingewirkt.

[23]) Cours de code civil, tom. 2, pag. 10 et 11 aux notes (ed. de 1834).

Thatsache seines guten oder bösen Glaubens hergeleitet werden kann, succedirt in dieser Hinsicht Niemanden. Da das Recht auf die Früchte sich nur auf den guten Glauben des Besitzers im Augenblicke der perceptio gründet, so ist dazu, daß die Früchte für die ganze Dauer des Besitzers erworben werden, keineswegs schon hinreichend, wenn der gute Glaube bloß im Anfange jener Zeitdauer vorhanden war, sondern er muß auch die ganze Periode hindurch angedauert haben. An dem Tage, wo der Besitzer von dem Rechte eines Andern Kenntniß erlangt, verschwindet auch sein guter Glaube und damit sein Recht auf die Früchte. Dieser Moment beginnt nicht nothwendig erst mit Anstellung der Vindication, sondern der böse Glaube ist allemal vorhanden, sobald der Irrthum auf irgend eine Weise verschwunden ist. Die bloße Aufforderung zur Restitution stellt den guten Glauben des Besitzers in Frage. Wenn auf diesen außergerichtlichen Act, in angemessener Frist, eine Ladung vor Gericht erfolgt, so wird sein Recht auf die seit jener Aufforderung percipirten Früchte von dem Ausgange des Prozesses abhängen. Unterliegt der Besitzer im Proceß, so muß er über die inzwischen gezogenen Früchte Rechnung legen [24]; gewinnt er den Proceß, so erlangt sein Glaube oder, wenn man will, sein Irrthum Bestätigung.

Wenn der angebliche Eigenthümer, nachdem er die Sache einmal in Anregung gebracht, ja selbst, nachdem die Vorladung vor Gericht erfolgt ist, sich wieder ruhig verhält und dieser Zustand eine Zeit lang andauert, z. B. bis zur Peremtion des Prozesses, so würde der gute Glaube des Besitzers Zuwachs erlangen oder wenigstens auf eben jenen Umstand seine Rechtfertigung stützen können. Man kann daher auch nicht unbedingt behaupten, daß die Lage des Besitzers durch die bloße Thatsache, daß er in Verzug versetzt worden, eine Veränderung erleide, aber das muß man allerdings einräumen, daß die Versetzung in Verzug ein wichtiger Umstand ist, der bei der Beurtheilung des guten oder bösen Glaubens des Besitzers vor Allem in Betracht zu ziehen ist.

Der Unterschied, der vom Standpunkte der Moral und der Vernunft aus betrachtet, zwischen beiden Arten des Besitzes angenommen werden muß, hat auch entschiedenen Einfluß auf den Umfang der Verbindlichkeiten, die aus der einen oder andern Art des Besitzes entspringen.

Wenn man den Besitzer in gutem Glauben zur Restitution der Früchte anhalten könnte, so würde man von ihm doch nur die wirklich gezogenen, keineswegs aber auch diejenigen verlangen dürfen, die er möglicher Weise hätte ziehen können. Denn war er es auch wirklich nicht, so glaubte er doch Eigenthümer zu sein, und deshalb muß ihn auch das jus utendi et

---

[24]) Maillot, C. Henniot, 1. Mars 1808; Paris, D. A. 2, 228. litigator victus, qui post conventionem rei incumbit aliena non in sola rei redhibitione teneatur, nec tantum fructuum praestationem eorum, quos ipse percepit, agnoscat: sed etiam eos, quos percipere potuisset, non quos eum redegisse constat, exsolvat, ex eo tempore, ex quo, re in judicia deducta, scientiam malae fidei possessionis accepit. l. 2. C. 7. 51., et omne habeat petitor, quod habiturus foret, si eo tempore, qui judicium accipi debetur, restitutus ille homo fuisset. l. 20. D. 6. 1.

abutendi unbedingt vor jener nachtheiligen Folge schützen [25]). Beim Besitzer in bösem Glauben verhält es sich hingegen anders. Dieser kennt das Recht des Andern und muß sich einer Verwaltung, worüber er Rechnung abzulegen hat, durchaus mit aller Aufmerksamkeit, Ordnung, und Wirthschaflichkeit unterziehen. Er haftet für das, was er wirklich eingenommen, nicht weniger aber auch für dasjenige, was er hätte einnehmen müssen. Er ist verbunden entweder in natura oder in Geld, nach dem Marktpreise des Ortes, sowohl die Früchte zu ersetzen, die er wirklich bezogen, als auch diejenigen, die ein guter Wirthschafter wahrscheinlicher Weise hätte ziehen können [26]). Dasselbe tritt ein bei dem Besitzer, der anfänglich in gutem Glauben, später Kenntniß von den Mängeln seines Titels erlangt: postea praedo est. In dem Gesagten liegt auch schon der Commentar zum Art. 550, der also lautet: „der Besitzer ist im guten Glauben, wenn er kraft eines Eigenthum übertragenden Titels, dessen Mängel er jedoch nicht kennt, besitzt; der gute Glaube hört auf, im Momente, wo ihm diese Mängel bekannt werden.

Sowohl der ursprungliche, als auch der später hinzutretende böse Glaube, legt dem Besitzer die unbedingte Verbindlichkeit auf, die Verwaltung wie ein negotiorum gestor fortzuführen, bis die Sache dem Eigenthümer wieder eingehändigt worden.

Doch auch die Strafen des bösen Glaubens haben ihre Grenzen.

Der Besitzer in bösem Glauben, der nur zur Restitution der Sache u. ihrer Producte verpflichtet ist, hat das Recht, die Culturkosten zu retiniren oder zurückzuverlangen, denn sonst würde seine Lage noch härter seyn als es das Gesetz will. Der Satz, daß dem Eigenthümer die Früchte nur gegen Erstattung der darauf verwandten Culturkosten gebühren, ist so sehr in der Billigkeit gegründet und so absolut gestellt, daß sich kein Fall angeben läßt, wo er nicht anzuwenden wäre. Und wie gerecht auch immer die Ungunst gegen den Besitzer in bösem Glauben erscheinen mag, so muß man doch einräumen, daß derselben, sobald es sich bloß von jenem Ersatze handelt nicht mehr Statt gegeben werden darf, daß sie vielmehr nun den Eigenthümer trifft, der aus einem Unrecht, vielleicht nur aus einer Unvorsichtigkeit unbillig Vortheil zu ziehen, der sich auf Kosten eines Andern zu bereichern trachtet. —

Erbschaft — Curator — Verjährung — Lauf derselben.

Währt von dem Augenblicke an, wo eine Erbschaft vacant und durch einen Curator vertreten wird, oder wo sie sub beneficio legis angenommen ist, gegen die Gläubiger

[25]) Bei den Römern war der Besitzer einer Erbschaft zu gewissen Restitutionen, selbst wenn es in gutem Glauben war, verpflichtet, allein wegen einer bloßen Unterlassung (negligentia) haftete er nicht: tunc enim, quia *quasi rem suam neglexit,* nulli querelae subjectus est. l. 31. § D. 6. 3.

[26]) Fructus non modo percepti, sed et qui percipi honeste potuerunt, aestimandi sunt. l. 33. D. 6. 1. Sed et fructus, non quos perceperunt, sed *quos percipere debuerunt* eos praestaturos. l. 25. § 4. D. 6. 3.

eines solchen Nachlasses der Lauf der Verjährung fort, oder ist sie vielmehr während der ganzen Zeit, wo solche Erbschaften durch einen Curator oder Benefiziar=Erben vertreten worden, suspendirt?

Die einzigen positiven Verfügungen unserer Gesetzgebung, die auf diese Frage Bezug haben, sind enthalten in den Art. 2258 und 2259 des B. G. B.

§ 1. Nach diesem Art. 2258 pr. soll die Verjährung gegen einen Benefiziarerben wegen Forderungen, welche er gegen die Massa hat, nicht laufen.

Der Grund dieser Verfügung liegt nicht, wie man gewöhnlich irriger Weise aufzustellen pflegt, in dem Rechts=Grundsatze: „contra non valentem agere, non currit praescriptio;“ indem der Art. 996 der B. P. O. die Vorschriften angibt, welche der Benefiziar=Erbe zu befolgen hat, im Falle er eigene Forderungen gegen eine Masse geltend machen will, welche er sub beneficio legis angenommen hat.

Der wahre Grund ist mithin anderwärts zu suchen, und findet sich, abgesehen von jeder fernern Rücksicht, implicite in den Verfügungen der Art. 802 und 803 des B. G. B.

Nach Art. 802 bleiben die Forderungen eines Benefiziar=Erben, ungeachtet seiner Eigenschaft eines solchen, unverändert gegen die Massa, wie jene eines Dritten der Massa sonst fremden Gläubigers.

Nach Art. 803 muß der Benefiziar=Erbe und nach Art. 814 der Curator eines vacanten Nachlasses diesen dritten Gläubigern Rechnung ablegen und zwar wie es der Art. 995 der B. P. O. sagt, in der Form, wie jeder andere Verwalter. Nach Art. 807 muß er ihnen sogar auf Verlangen Sicherheit stellen. Er wird mithin vom Gesetze offenbar in seiner Eigenschaft als Benefiziar=Erbe, gleichzeitig als der Mandatar der Gläubiger einer solchen Masse angesehen, und zwar weil er als eventueller Erbe und als Gläubiger gleichzeitig eigenes Interesse vertritt, als Procurator in rem suam.

Er kann daher (schon aus dem Grunde, weil er der gesetzliche Mandatar der Gläubiger ist) ihnen offenbar keine Verjährung vorschützen, wenn solche nicht schon zur Zeit vorhanden war, wo sein Daseyn entstanden ist, nämlich wo die Succession vacant wurde. Wenigstens ist gar nicht einzusehen, weswegen hinsichtlich des Laufes der Verjährung ein Unterschied gemacht werden soll, zwischen den Forderungen eines Benefiziar=Erben und jenen, welche Dritte gegen die nämliche Massa haben mögen; indem jener eben so gut, wie Letztere gegen eine solche Massa handeln kann, und nur auf gleiche Weise in der Ausübung ihrer Rechte durch die Eigenschaft des Präsumptiv=Erben als Benefiziar=Erben eingeschränkt sind.

§ 2. Eine ruhige Untersuchung der Frage: „wer dann eigentlich durch einen Curator als Repräsentant eines vacanten Nachlasses zunächst repräsentirt wird?“ wird dies rechtfertigen.

Der Curator repräsentirt den Erblasser nicht; denn mors omnia jura solvit, ist eine unbestrittene Rechts=Regel. Mit dem Tode hören alle Rechte des Verstorbenen auf seine Güter auf, alle gehen mithin in andere Hände über; indem das Eigenthum immer auf Jemanden beruhen muß, wie dies bekannt ist, und von Merlin Rép. succession vacante (138) mit folgenden Worten bestätigt wird:

„Dominia heißt es dort, sagt Peregrinus in seinem traité de fideicommissis, Art. 40 Nr. 6, in pendenti stare nequeunt.“

Der Curator repräsentirt den Präsumptiv-Erben **nicht**, weil dieser die ihm vom Gesetze verliehene Begünstigung ausgeschlagen hat, kurz nicht Eigenthümer seyn will. Zudem hat das Gesetz nirgend die Fiction ausgesprochen, daß der Curator ebenfalls, wie der Erbe, den **Erblasser** repräsentire; sondern nur **jene**, daß er die **Erbmasse** repräsentire.

Dies erhellt schon daraus, daß der Curator nicht durch das Gesetz bestimmt wird; sondern nach Art. 812 des B. G. B. auf Ansteheu der Gläubiger, die einen Theil der Masse bilden, ernannt wird.

Da diesemnach das Eigenthum des Erblassers durch dessen Tod aufhört, der Präsumptiv-Erbe als gesetzlicher Repräsentant desselben das Eigenthum ausschlägt, und der Curator eines vacanten Nachlasses weder den Erblasser, noch den Erben repräsentiren kann; so bleibt nichts übrig, als die Erbschaft selbst als ein **moralisches Wesen** zu denken und dieses als Eigenthümer des Vermögens des Erblassers zu betrachten.

Wer nun eigentlich die **Erbschaft** (dieses moralische Wesen) bildet, mithin durch dieselbe repräsentirt wird; entscheidet daher ganz allein die Frage:

Ob der Lauf der Verjährung gegen die Gläubiger eines vacanten Nachlasses der Massa gegenüber suspendirt ist, und durch jede Handlung des Curators jedem Dritten gegenüber unterbrochen wird?

§ 3. Zur Beurtheilung dieser Frage ist vor allem der gesetzliche Begriff von Erbschaft klar zu stellen.

Erbschaft, sagt uns Merlin in seinem Rep. au mot: Heredité „est appellé la succession à l'universalité des droits actifs et **passifs** du defunt, c'est la définition qu'en donne la loi b 2 ff de regulis juris“ mit den Worten: „Hereditas nihil aliud est, quam successio in universum jus, quod defunctus habuerit.“

Diese Definition bezeichnet offenbar das **Wesen** einer vacanten Erbschaft ganz richtig; weil eine **Erbschaft** materiell betrachtet, gleichzeitig active aus den sämmtlichen Rechten und passive aus den sämmtlichen Verbindlichkeiten des Verstorbenen gebildet wird: grade so, wie bei einem vorhandenen Fallimente die Massa aus den sämmtlichen Activen und Passiven des Fallirten.

Diesemnach ist der Syndik einer Fallit-Masse in rechtlicher Beziehung den Gläubigern dieser Masse gegenüber ganz in der nämlichen Stellung, wie der Curator eines vacanten Nachlasses diesem Nachlasse gegenüber. Beide, der Curator und der Syndik, können zwar auch von Gerichtswegen angeordnet werden, wenn die Gläubiger, welche an dieser Ernennung das nächste Interesse haben und auf deren Anstehen dieselben auch in der Regel ernannt werden, es unterlassen; aber hierbei concurrirt im Falle des Falliments ebenso wenig der Fallirte, als bei dem vacanten Nachlasse der Erbe oder ein Repräsentant des Erblassers. Denn nach Art. 442 C. d C. ist der Fallirte vom Tage des Falliments der Verwaltung seines Vermögens verlustig; die Wirksamkeit des Erblassers hat durch seinen Tod ihr Ende erreicht und der Präsumptiv-Erbe durch dessen Verzichtleistung jedes vorzügliche Recht hierzu ausgeschlagen.

Kurz, im Falle des Falliments und im Falle eines vacanten Nachlasses fällt das Vermögen der Masse den Gläubigern zu ihrer Befriedigung zu; indem niemand außer ihnen Eigenthums-Ansprüche geltend machen kann; das Eigenthum rechtlich aber nie in suspenso bleibt.

Es liegt mithin nach der Natur der Sache klar am Tage, daß die Gläubiger, auf deren Anstehen einer verlassenen, verschuldeten Erbschaft

ein Curator ernannt wird, so wie jene eines Falliments, welche der Massa einen Syndiken ernennen, diesem Curator oder Syndiken das Recht conferiren, sie zusammen und einzeln bei Gericht in Beziehung dieser Masse zu vertreten. Dadurch ist auch jeder Dritte, der mit solchen Massen gerichtliche Verhandlungen vorzunehmen hat, nicht verpflichtet, jeden einzelnen der Gläubiger beizuladen; sondern Dritte können sogar ihre Rechte nur gegen diese ernannten Curatoren oder Syndiken gültig verfolgen.

Diese Syndiken oder Curatoren sind mithin nur die Agenten der Gläubiger, welche sie ernannt haben, und repräsentiren folglich nur die Gläubiger, aber nicht den Fallirten oder Erblasser oder den Erben, welcher verzichtet hat; oder vielmehr noch richtiger, der Syndik oder Curator werden eigentlich nicht der Person des Fallirten oder eines Erben, sondern der Sache, nämlich den Massen gegeben: „curator rei datur, non personae“ sie repräsentiren mithin auch nur die Sache, d. h. die Massa des Vermögens, welches den Gläubigern durch das Falliment oder die Vacanz des Nachlasses zugefallen und als Repräsentanten dieser Massen die Gläubiger selbst.

Dies ist hinsichtlich der Syndiken nach den Verfügungen der Art. 494, 495, 499 und 500, 527 und 528 des H. G. B. und hinsichtlich der Curatoren nach den Art. 812, 813 und 814 des B. G. B. nicht zu verkennen. (V. Locré esprit du code de Commerce sur art.) Hierin liegt auch der einzig richtige gesetzliche Grund, weswegen die Syndiken und Curatoren nach Art. 803, 807 und 814 des B. G. B. nur den Gläubigern Rechnung zu legen und Sicherheit zu stellen verpflichtet sind.

So lange man aber zugeben muß, daß der Curator eines vacanten Nachlasses wenigstens principaliter das Interesse der Gläubiger eines solchen Nachlasses vertritt; so lange muß man auch annehmen, daß der Lauf der Verjährung zwischen diesen Gläubigern, deren Forderungen zur Zeit, wo die Succession vacant wurde, rechtlich bestanden, und dem Curator dieser Masse, als ihrem Repräsentanten von diesem Augenblicke an suspendirt ist, und den Gläubigern vom Curator nicht entgegengestellt werden kann.

Die Unbilligkeit und Unrichtigkeit der entgegengesetzten Behauptung stellt sich durch Beispiele ganz klar heraus. „Man denke sich nämlich den Fall, wo in einem vacanten Nachlasse oder in einer Fallitmasse nur Prozesse vorhanden sind.“ Der Syndik oder Curator gewännen diese Prozesse erst nach Ablauf von dreißig Jahren. Würden die Gläubiger der Fallitmasse oder des vacanten Nachlasses dem Syndiken, oder dem Curator, oder dem Benefiziar-Erben nicht mit vollem Rechte sagen: du Syndik, Curator oder Benefiziar-Erbe, du hast in diesen der Masse zugehörigen Prozessen uns repräsentirt, von dem Augenblicke, wo du uns repräsentirt hast, kannst du aber deinen Titel nicht ändern. Es kann also keine Verjährung während dieser Frist gegen uns laufen.

In diesem Sinne ist auch von Sirey in seinen 5 Codes annotés (dit. v. 1824) beim Art. 2259 des B. G. B. angeführt ein Urtheil des A. H. von Paris vom 12. Pluv. J. XII. (VII. Bd. 2 Abth. p. 1116).

§ 4. Die Richtigkeit dieser Ansicht wird bestätigt durch die Verfügung der Art. 803 und 2146 des B. G. B. A 443 des H. G. B.

Nach Art. 2146 kann kein Gläubiger einer Erbschaft von dem Augenblicke an, wo sie **nur sub beneficio legis** angenommen ist, auf die

Güter einer solchen Erbschaft eine Hypotheke erwerben; eben so wie es beim Fallimente schon 10 Tage vor dem Augenblicke der Fall ist, welche dem Ausbruche des Falliments vorhergehn.

Nach Art. 813 des B. G. B. soll der Benefiziar-Erbe die Masse administriren, den Gläubigern Rechnung ablegen, die Güter verkaufen, die Gelder vertheilen.

Die Gläubiger können mithin von dem Augenblicke an, wo die Erbschaft sub beneficio legis angetreten, oder wo sie vacant ist, keine Vorrechte, der eine gegen den Andern erringen. Sie können die Verwaltung der Güter nicht an sich ziehen; sondern müssen dieselbe dem Benefiziar-Erben und dem Curator überlassen.

Diese Gläubiger können keine Arreste bei den Schuldnern des Benefiziar-Erben oder vacanten Nachlasses anlegen; indem dies jede regelmäßige Verwaltung unmöglich machen würde, und die Gläubiger Sicherheit in der Bürgschaft haben; welche sie vom Benefiziar-Erben fordern können. Entschieden v. A. H. zu Paris vom 27. Juni 1820 S. 20 B. 2 — 242.

Sie können den Verkauf der Immobilien nicht selbstständig verfolgen, dasselbe steht vielmehr dem Benefiziar-Erben und dem Curator zu. Die Gläubiger haben nur die Befugniß sich in das Recht zu poursuiviren, subrogiren zu lassen, im Falle der Benefiziar-Erbe oder Curator nachläßig ist oder schlecht verwaltet. Sogar können die Poursuiten, wenn sie durch einen Gläubiger begonnen sind, von dem Benefiziar-Erben oder Curator unterbrochen und aufgehoben werden, um von ihm fortgesetzt oder auf's neue eingeleitet zu werden.

Also entschieden v. A. Hofe zu Paris d. 20. Sept. 1821 (XXI. Bd. 2. Abth. p. 118).

Kurz von dem Augenblicke an, wo eine Erbschaft nur sub beneficio legis angenommen oder wo sie vacant ist, steht das Verhältniß der Gläubiger dieser Massen so fest, daß sie unter sich keine Vorrechte, sey es durch Hypothekar-Inscription oder auf sonstige Weise erlangen können. Ihr ganzes Recht gegen die Erbschafts-Masse beschränkt sich vielmehr nach Art. 808 des B. G. B. darauf, sich dagegen zu opponiren, daß wenn sie sich nicht darüber einigen, in welcher Art und Ordnung sie ex massa bezahlt werden, der Curator nach keiner andern Ordnung und Weise zahle, als nach jener, welche vom Richter bestimmt wird; und den Curator anzuhalten, nach den gesetzlichen Vorschriften die Mobilien und Immobilien zu ihrer Befriedigung verkaufen zu lassen.

Nach dem Vorhergesagten steht es also fest, daß von dem Augenblicke an, wo die Succession nur sub beneficio legis angenommen oder wo sie vacant ist, das Rechtsverhältniß der Gläubiger zum Vermögen des Verstorbenen nicht mehr das Nämliche ist, wie es zu seinen Lebzeiten war, oder wie es gegen einen wirklichen unbedingten Erben seyn würde; sondern im Intresse der Gesammtmasse der Gläubiger vom Gesetze die wesentliche Veränderung erlitten hat, daß das Gesammt-Vermögen ihres Schuldners, was sonst nur ihr gemeinschaftliches Unterpfand war, von nun an bis zur Concurrenz ihrer Befriedigung auf sie unter den gesetzlichen Einschränkungen in der Art devolvirt ist, daß sie, (die Gläubiger) da niemand anders Eigenthums-Ansprüche darauf geltend machen kann, dies Vermögen durch den Curator repräsentiren, mithin mit diesem Vermögen gewissermaßen idendifizirt sind.

Es ist also erwiesen, daß es ein Irrthum ist, wenn man die Rechte einer vacanten Erbmasse mit jenen des Erblassers gleichstellt und daraus den Schluß zieht, daß der Curator der Erbmasse den Gläubigern dieser Masse die Verjährung gerade so vorschützen könne, wie der Erblasser hierzu befugt gewesen, wenn er forteristirt hätte; indem das Rechtsverhältniß der Gläubiger, wie nachgewiesen, von dem Augenblicke an, wo die Succession vacant geworden, hinsichtlich des Vermögens des Erblassers eine Veränderung erlitten hat.

Erste Einrede. § 5. Diesemnach bleiben nur noch die Zweifel zu beseitigen, welche aus dem fernern Inhalte des Art. 2258 des B. G. B. scheinbar aufgestellt werden möchten.

In diesem Artikel heißt es:

„La praescription court encore contre une succession vacante quoique non pourvue de curateur."

Offenbar kann diese Verfügung sich nur auf Dritte beziehen, welche durch die successio vacans nicht repräsentirt werden. Im Sinne dieses Artikels würde z. B. ein Dritter, der ein zu einem vacanten Nachlasse gehöriges Gut pro domino besäße, gegen den Nachlaß verjähren; wie dies auch im umgekehrten Verhältnisse wahrscheinlich zum Vortheile eines solchen vacanten Nachlasses geschehen würde, ungeachtet dies nicht klar im Artikel ausgesprochen ist; indem in diesem Sinne es füglich im Artikel hätte heißen können:

„La praescription court au profit et contre une succession vacante quoique non pourvue de curateur."

Diese Verfügung kann aber nicht auf die Gläubiger einer vacanten Masse resp. auf die Rechtsverhältnisse dieser Gläubiger zu dem Curator dieser Masse bezogen werden; indem (wie früher nachgewiesen) diese Gläubiger die Masse bilden, und für ihre Forderungen durch die Masse resp. den Curator, als Repräsentant derselben gleichzeitig repräsentirt werden; mithin durch Anwendung dieses Artikels auf diese Gläubiger die Masse offenbar gegen sich selbst verjähren würde; oder was dem Resultate nach das nämliche ist; „der Curator würde in diesem Falle gegen den Inhalt des Art. 2240 des B. G. B. wider seinen Titel als gesetzlicher Mandatar der Gläubiger verjähren."

Zweite Einrede. Nur in diesem Sinne kann auch der Art. 2259 des B. G. B. verstanden werden; zufolge welchem die Verjährung während den 3 Monaten laufen soll, welche zur Errichtung eines Inventariums gestattet sind; indem selbe im entgegengesetzten Sinne mit dem vorhergehenden Art. 2258 pr. in offenem Widerspruche stände.

Denn nach dieser Verfügung läuft die Verjährung nicht wider einen Benefiziar-Erben hinsichtlich der Forderungen, welche er gegen die sub beneficio angenommene Erbschaft hat; der Benefiziar-Erbe bleibt aber ex argumento des Art. 802 ungeachtet dieser Eigenschaft Gläubiger einer solchen Masse gerade so wie jeder andere Gläubiger, der dem Erblasser oder der Erbmasse sonst fremd ist. Durch diese Gleichstellung würde mithin auch wider ihn gerade so wie gegen sonstige Gläubiger die Verjährung laufen, wenn der Art. 2259 auf jene bezogen werden könnte, während das Gegentheil im bezogenen Artikel 2258 pr. klar ausgesprochen ist.

**

Ueber die Controverse bei der Verjährung von fünf Jahren nach dem Art. 2277 des B. G B.

Wenige Bestimmungen des bürgerlichen Gesetzbuchs haben das Geschick des Art. 2277. gehabt, im Allgemeinen und besonders was den letzten Absatz betrifft, theorethisch so vielseitig gedeutet und im Practischen oft so ganz entgegengesetzt angewendet zu werden. So mag es sich denn wohl verlohnen, Fragen, die so oft bei Gerichte wiederkehren, einer näheren Forschung zu unterwerfen.

So steht jener Artikel in der Édition originale et seule officielle (Paris de l'Imprimerie Imperiale 1810):

„Les arrérages des rentes perpétuelles et viagères;
Ceux des pensions alimentaires;
Les loyers des maisons et le prix de ferme des biens ruraux;
Les intérêts des sommes prêtées et généralement tout ce qui est payable par année, ou à des termes périodiques plus courts,
Se prescrivent par cinq ans."

Das Gesetz, nachdem es also in drei Absätzen fünf verschiedene Kathegorien, in denen jene Verjährung eintreten solle, einzeln vorausgeschickt hat, beginnt den vierten Absatz mit dem Falle der Interessen bei dem Darlehn und schließt ohne weiteren Semicolon einen allgemeinen Begriff an.

Es hat diese ganz eigene Behandlung, wie der materielle Inhalt eben so wenig im Staatsrathe — dort verhandelt Art. 57 — als im Tribunate zu besondern Discussionen Veranlassung gegeben; inzwischen liegen hier Verhältnisse zum Grunde, welche eines historischen Rückschritts zu bedürfen scheinen.

Was gleich den ersten Absatz über die Rückstände von Renten und Pensionen betrifft, so hat Bigot-Preameneu, der wohl am Besten über den Sinn und Geist dieses Gesetzes, so wie über seine Entstehung und seinen Zweck unterrichtet war, gleich vorab bemerkt: daß unter Ludwig XII. — nach der Ordonnanz vom Jahr 1510 — für solche Rückstände eine fünfjährige Verjährung eingeführt und nicht blos auf die Vermuthung der Zahlungen — wie in andern Verjährungsfällen — sondern noch auf eine höhere politische Staatsrücksicht gegründet worden, indem der Zweck des Gesetzes damals kein anderer gewesen sey, als den Ruin der Schuldner durch Anhäufung von Rückständen zu verhindern.

Auf eben diese milde und wohlthätige Beachtung des Looses gedrückter Schuldner im Drange der Zeit, welche Gläubiger, absichtlich oder nicht, durch Anhäufung von Rückständen zu Grund zu richten im Stande wären, dehnte das Gesetz vom 20. August 1792 die fünfjährige Verjährung, von der der Art. 2277 spricht, auf cens redévances und rentes foncières) aus. Der Art. 56 des Gesetzes vom 24. Aug. 1793 eben wieder die unglücklichen Zeitverhältnisse im Auge, gestattete im Allgemeinen die Verjährung von fünf Jahren bei allen und jeden Staatsrenten. Es hatte die Ordonnanz vom Jahr 1628 (Art. 142) eine besondere Bestimmung über die Frist von fünf Jahren bei dem Verkaufe eines vermietheten Gegenstandes (Pothier, Contrât de Louage Nr. 186.). Auch auf diese individuelle Bestimmung war man bei Abfassung des Art. 2277 zum Theile zurück gekommen.

Was die Zinsen von Darlehn betrifft, so wurde gleich schon durch das Gesetz vom 31. October 1789 eine Abänderung in der bis dahin bestandenen Legislation getroffen und als Prinzip die Befugniß vorangeschickt: de prèter l'argent à terme fixe avec stipulation d'interèts. Früher schon (im Jahr 1629) hatte eine Ordonnanz eine fünfjährige Verjährung selbst jener Darlehnzinsen, die durch Urtheil zuerkannt worden, eingeführt (Art. 150), aber sie hatte bekanntlich keine allgemeine Anwendung erhalten, so daß, was die Darlehnzinsen betrifft, deren Verjährungszeit eigentlich erst in dem vierten Absatz des Art. 2277 für das ganze Reich ausgesprochen wurde.

Hier findet sich denn, wovon bis zu dem neuen bürgerlichen Gesetzbuche nirgends die Rede war, in einem Nachsatze jene allgemeine Bestimmung über eine eintretende fünfjährige Verjährung bei Allem, was in jährlichen oder in kürzeren Fristen zu entrichten ist.

Man muß nach dieser gedrängten geschichtlichen Einleitung schon einmal voraussetzen, daß der Gesetzgeber bei der Abfassung des vielbesprochenen Artikels 2277, in den dort enumerirten einzelnen Fällen immer noch den Zweck der früheren einzelnen Bestimmungen und keinen andern im Auge hatte; man muß es um so mehr, da die Zeit der neuen Legislation, das Frühjahr 1804 verarmte Schuldner genug aufzuweisen haben mochte. Was nun aber das Motiv in den einzelnen Fällen gewesen war, das muß auch als solches bei der am Ende ausgesprochenen allgemeinen Regel gelten. Der Gläubiger sollte bei dem Druck der Zeiten nur berechtigt seyn, die Rückstände von fünf Jahren und nicht aus einer längeren Zeit einzuklagen, wodurch man der Vermehrung der Zahl aller der dem Staate zu Last fallenden Schuldner entgegenwirken wollte. Daher sagt ganz klar Bigot-Preameneu: „La *crainte de la ruine des debiteurs* etant admise comme un motif d'abreger le temps ordinaire de la prescription, on ne doit excepter *aucun de cas* auxquels *ce motif* s'applique" (Locré. Tom. XVI, pag. 585). Eine fast gleiche Sprache führt Goupil-Prefeln „Le créancier — sagt er — est averti de ce terme fatal et il doit se reprocher de laisser accumuler un plus grand nombre d'année, s'il a assez de bienviellance pour accorder à son debiteur de plus longs delais, sans cependant vouloir le gratifier, il pourra consentir à son profit une obligation, qui sera soumise aux regles générales sur la prescription des actions personnels" (Locré, loc. cit. pag. 597).

Wenn nach der Erklärung Bigot-Preameneus kein Fall ausgenommen werden soll, bei welchem die Furcht des Untergangs des Schuldners durch Anhäufung von Rückständen vorhanden ist, so tritt nach dem Willen des Gesetzgebers selbst eine extensive Interpretation ein und es ist nicht allein, wie Pedius sagt, bona occasio, sondern für den Richter selbst die Verpflichtung: Cetera quæ tendunt ad eandem utilitatem interpretatione suppleri (L. 13. ff. de Legibus). Die Consideration d'ordre public — wie Merlin sich ausdrückt — die höher liegende politische Berücksichtigung soll und muß hier durchgreifen. In Frankreich bedurfte es um so mehr eines den Gläubiger hier beschränkenden Gesetzes, da die römischen Bestimmungen über das ultra alterum tantum L. 26. § 1. de cond. ind. etc., nicht angenommen wurden. (Sirey, Tom. V. 2. 687.)

Vergebens beruft man sich auf einige Urtheile französischer Gerichte, welche auch hier die allgemeine Theorie: daß die Verjährung nur eine

vermuthete Zahlung andeute und daher der Beweis einer wirklich nicht statt gehabten Zahlung angenommen werden müsse, gelten ließen. So wie gerichtliche Aussprüche einer gründlichen Stütze beraubt sind, haben sie keinen wissenschaftlichen Werth. — Es ist dieses übrigens ein Punkt, auf den wir wieder zurückkommen werden.

Einen Unterschied hinsichtlich der Entstehungsweise der Verpflichtung jener verjährbaren Renten, Pensionen, Darlehnzinsen u. s. w. giebt das Gesetz nicht an. So trennt es die Rückstände, welche aus einer besondern Stipulation herrühren, nicht von deuen, welche aus einem andern Rechtsgrund hervorgehn. Es hat sich früher, was zugeurtheilte Darlehnzinsen betrifft, klar genug in dieser Hinsicht ausgesprochen und man hat angenommen, daß Alimentenpensionen, welche auf Grund von Verurtheilung beruhen, eben so gut der fünfjährigen Verjährung unterworfen sind, als solche, die aus Contracten herstammen. Wie es sich mit den eigentlichen gesetzlichen Verzugszinsen verhält — wovon wir Beispiele verschiedener Gattnngen haben, Artikel 455, 456, 476, 1378, 1473, 1846, 1936, 1996, 2004 des B. G. B., Art. 184 des H. G. B., — so scheint dieses zu andern noch zu erörternden Bedenklichkeiten Veranlassung gegeben zu haben.

Ein Hauptprinzip, worauf man bei der aus Urtheilen herrührenden Zinsverpflichtung zurückgehen darf, mag wohl darin bestehn, daß unsere Jurisprudenz die Urtheile nur als déclaratifs et non attributifs du droit des parties ansieht, mithin durch sie in solchen Fällen kein Recht zur Zinszahlung entsteht, sondern nur das vorhandene Recht dazu ausgesprochen wird.

Einer intendirten Begünstigung des Gläubigers, warum er bei fortlaufenden Renten, Alimenten, Pensionen u. s. w. dann nur auf eine fünfjährige Forderung beschränkt seyn solle, wenn bei diesen ein Vertragstitel zum Grunde läge, so wie aber Rückstände gemäß eines an sich nur declarativen Urtheils gefordert werden, an so kurze Frist nicht gebunden seyn soll und dann er auch das ultra alterum tantum einklagen dürfe, einer solchen Begünstigung scheint der allenthalben durchherrschende politische Grund des Staats, wie man ihn in so vielen deutschen Gesetzgebungen gleich nach dem dreißigjährigen und selbst auch nach dem siebenjährigen Kriege ausdrücklich oft angeführt findet, die Berücksichtigung auf Schonung der in unglücklichen Zeiten lebenden Schuldner, zu widersprechen.

Grundsätzen wie diesen haben indessen die französischen höchsten Gerichte nicht immer gehuldigt. Im älteren französischen Rechte nahm man an, daß Interessen aus einem Urtheile sich erst nach dreißig Jahren verjähren. (Sirey, Tom. XXVI, 2. 269.) Ueber die Anwendbarkeit des Artikels 2277 bei solchen moratorischen Zinsen haben die Gerichte Frankreichs oft völlig entgegengesetzte Ansichten geäußert und zwar bis in die letzten Zeiten hin. Bald war man für eine solche Präscription, bald nicht. — Eine besondere Ausführung findet man in Sirey (Tom. XXII. 2. 54.), aber auch noch späterhin währte die Controverse fort. (Sirey, Tom. XXIV. 2. 362. 363, XXV. 2. 12, 340., XXVI. 2. 269., XXIX. 2. 31., XXX. 2. 104, 319 u. s. w.)

In jenem erwähnten Gutachten bei Sirey (Tom. XXII.) wird die Entscheidung, daß Interessen aus einem condemnatorischen Urtheile der fünfjährigen Verjährung ebenfalls unterworfen seyen, vorerst auf Bemerkungen über einige gegentheilige Rechtsansichten, auf ein Gutachten des

Staatsraths vom 24. Dezember 1808, auf die Ansicht Merlin's (Rep. l'intétèt § 4.) gegründet, sodann werden Urtheile höherer Gerichte über diesen Gegenstand erläutert; aber es scheint, daß die Streitfrage dadurch noch nicht für erschöpft angesehen wurde. Unter den gegentheiligen Meinungen kömmt jene eines französischen Gerichts vor: La préscription quinquennade n'étant fondée que sur une presomption de paiement, elle cede à la preuve positive de non-paiement. Gerade aber dieser Vordersatz wird geleugnet mit Beziehung auf das besondere Motiv bei dieser Verjährung. So hat auch noch der hiesige Appellationshof (Archiv, Bd. XXV. S. 149) dahin sich ausgesprochen: „der Art. 2277 sey nicht auf die Vermuthung wirklich geleisteter Zahlung, sondern auf Rücksichten der öffentlichen Ordnung gegründet," welches sich durch das Vorhergeschickte auch klar herausstellt. Consequent fortschreitend ging der Appellationshof darauf über, daß also auf die Entstehungsweise der Verbindlichkeiten, ob solche aus einem Gesetze, aus Verträgen oder Verurtheilungen herrührten, keine Rücksicht genommen werden könnte.

Die Stelle im letzten Absatze: „payable par année ou à des termes périodiques plus courts," war es gewesen, welche bei verschiedenen Gerichtshöfen die Idee einer Beschränkung bei der fünfjährgen Zinsenverjährung hereinbrachte. Man behauptete, das Gesetz erheische einen bestimmten feststehenden Zeitmoment des Fälligseyns der Zinsen, wo also dieser gebreche, beginne auch kein Anfangsmoment zur fünfjährigen Verjährung.

Die absolute Nothwendigkeit eines durch Vertrag, Gesetz oder Urtheil bestimmten Verfallstag der Prästation wird schon aus dem Grunde bestritten, weil bei Erlassung und Promulgation des Art. 2277 (im März 1804) für die Abbezahlung der Staatsrenten, die doch nach diesem Gesetz einer fünfjährigen Verjährung unterworfen sind, kein Verfallstag vorhanden gewesen sey. Man schließt hieraus, daß mit den Worten payable u. s. w. keineswegs die Nothwendigkeit eines bestimmten Verfallstages eingeführt sey, um in fünf Jahren Prästationen einklagen oder sich hierüber einen besondern Titel verschaffen zu müssen.

Der Ausdruck: „par année ou à des termes périodiques plus courts" erhob nur neue Schwierigkeiten, indem man das plus courts analysirte. Man gab zu, eine Periode von einem Viertel Jahre sey hier einbegriffen. Daß eine monatliche Periode noch zureiche, nahm man endlich anch an. Inzwischen wird man wissenschaftlich das Wort, den Begriff periodisch eben so wohl auf einen wiederkehrenden Zeitraum von Woche zu Woche und denn endlich von Tag zu Tag anwenden müssen. So undenkbar ist es nicht, daß eine Geldentrichtung (z. B. bei Alimenten) entweder durch Vertrag oder selbst auch durch Urtheil für eine so kurze Periode bestimmt wird. Nimmt man nun an, daß wenn auf solche Weise der tägliche Verfallstag festgesetzt sey, die fünfjährige Verjährung eintreten müsse; daß also bei einer so sehr den Alimenten-Empfänger begünstigenden Gesetzgebung der Schuldner sich auch bei einer so kurzen Frist der Nicht-Entrichtung von den Rückständen liberiren könne; warum, frägt es sich, soll es dort anders seyn, wo kein Gesetz, kein Urtheil mit ausdrücklichen Worten als periodische Leistung Tag zu Tag bestimmt und festsetzt? Welcher Unterschied, wird man fragen, ist denn zwischen jenem hier gedachten Falle und dem, wo durch Urtheil oder Vertrag zwar die Verzinsung dea terminus a quo

feststeht, aber keine Periode ausdrücklich benannt ist, wann die Zahlung jedesmal erfolgen solle. Hier geht die Berechnung der Rückstände tagweise bis zur Zeit der Einklage gerade so wie in dem Falle, wo eine solche Periode ausdrücklich festgesetzt ist. Es läßt sich kein Grund denken, warum das Gesetz bei den Worten plus courts sich nur eine Periode von Monaten etwa als das Maximum gedacht und warum es eine kürzere von vier, von drei Wochen ꝛc. ausgeschlossen habe.

Man kann aber jenem Zusatze payable par année etc. statt einen Bezug auf sich vermindernde Zeitperiode, niedersteigend, auch einen solchen geben, wonach der Gesetzgeber eine vergrößerte aufsteigende Periode, auf das was über ein Jahr hinaus, was etwa erst alle zwei, drei Jahre ꝛc. fällig werden sollte, Rücksicht habe nehmen und hierbei einen so kurzen Zeitraum zur Verjährung wie einen fünfjährigen ausschließen wollen.

Es sind Fälle vorgekommen, wo bei Verpachtungen von großen Landgütern nach dem möglichen Totalgenuß und einer Bebauung nach mehrjährigem Brachliegen der Pachtpreis erst alle zwei Jahre zu entrichten war. Hier trat der durchgreifende Nachsatz payable par année nach der Meinung von Rechtsgelehrten ein und eine fünfjährige Nichtzahlung der Pacht liberirte den Pächter nicht. Indessen scheint das Grammatikalische, indem der Nachsatz payable nicht auf die vorhergegangenen besonderen Absätze zurückgezogen werden könne, solcher Deutung zu widersprechen.

Man hat nach dem Grunde sich umgesehen über den so sehr großen Unterschied, daß Rückstände bei einer bestimmten Verfallzeit, selbst bei Alimenten in fünf Jahren schon verjähren sollen, dagegen alle jene herrührend aus dem Verzuge in Erfüllung eines condemnatorischen Urtheils oder aus einem Verzuge in Erfüllung besonderer Verträge, wobei das Gesetz selbst eine Zeit des Beginnens der Zinsverpflichtung festgesetzt habe, auch noch nach neun und zwanzig hintennach auf einmal eingeklagt werden könnten; so gewiß es auch sey, daß bei dieser Voraussetzung der Schuldner zu Grunde gehen müsse, mithin der allgemeinen Absicht des Gesetzgebers der considération d'ordre public entgegengewirkt werde.

Gewöhnlich sagt man, dort wo eine Verfallzeit ausdrücklich bestimmt sey, werde dadurch der Gläubiger an die Epoche der Einforderung der Zinsen erinnert, gemäß Art. 20 des Gesetzes vom 31. September 1807 wisse er, welche Summe er alljährig oder in kürzerer Epoche zu fordern habe, was dem Art. 2277 nach payable sey; mithin treffe ihn, wenn er über fünf Jahre säume, der Nachtheil der Versäumniß. Nicht ganz so, glaubte man, verhalte es sich bei Verzugszinsen aus dem Gesetze und aus condemnatorischen Urtheilen.

Nehme man an, der Mandatar sey nach seiner Rechnungsablage aufgefordert den schuldgebliebenen Rückstand zu zahlen, oder er selbst habe seinem Mandanten Auslag-Belege nach vollendetem Auftrage eingehändigt und dieser sey nach Genehmigung der Schuldner des Mandatars geworden, oder der Depositar sey nach der Niederlegung von Geldern zur Zurückzahlung aufgefordert worden, oder ein Gesellschafter habe das Einbringen eines Kapitals, wozu er verpflichtet gewesen, bei aller Aufforderung zu entrichten unterlassen u. s. f., Fälle, in denen nach dem Gesetze (Art. 1846, 1936, 1996 u. 2004) Verzugszinsen eintreten und denen andere bei Vormundschaften (Artikel 455, 456 und 476), bei der Collation (Art. 856), beim Empfang einer Nicht-Schuld (Art. 1378), bei der Heirathsgabe (Art. 1440), bei Gütergemeinschaft (Art. 1473, 1479) ꝛc.

gleich stehn. Man fragt, warum bei solchen Zinsen — wie höhere Behörden mehrmals angenommen haben — die fünfjährige Verjährung nicht Platz greifen soll? warum nach obiger Hypothese der Mandant, der Mandatar, der Deponent, der Gesellschafter u. s. w., obgleich sie aus ihren Urkunden nach dem ihnen bekannten Termin von wo an, ohne große Rechnenmeister zu seyn, genau den Tag wissen, wann es eben ein, zwei, drei, vier Jahre sind, daß ihr Schuldner ihnen diese oder jene Summe zu entrichten verpflichtet ist, des Rechts sich erfreuen sollen, so lange sie nur wollen neun und zwanzig Jahre hindurch weit über den Capitalbetrag selbst die Rückstände aufschwellen zu lassen; aus welchem Grunde denn diese eine größere Begünstigung vom Gesetze erhalten haben sollen, als etwa der Darleiher, der sein Kapital gegen Zinsen, der Eigenthümer, der seine Grundstücke gegen Pacht bei einer in den Urkunden bestimmten Angabe der jährlichen Verfallszeit, dahingegeben hat?

Bei der eigenen Abfassung des französischen Gesetzes, welches nach einzelnen speziellen Fällen einen allgemeinen Satz folgen ließ, — ob dieses logisch geordnet war, wollen wir dahin gestellt seyn lassen, — dürfte es, um erschöpfend die Frage zu beantworten und für den auffallenden Unterschied eine Begründung auszumitteln, eines Rückschrittes auf den Zweck, den das Gesetz gehabt haben könnte, indem es eine Periode, eine Verfallszeit beim Schlusse voraussetzte, bedürfen. Dieser Zweck würde nach teleologischen Prinzipien dem Hauptzwecke der Gesetze, dem Verhindern der Anschwellung von Rückständen zum Ruin der Schuldner, wenn auch nicht subordinirt, doch immer mit diesem im Einklange gedacht werden müssen.

Nimmt man an, daß eine ausdrückliche Festsetzung einer Periode, wann gezahlt, entrichtet werden soll, auch dann, wenn dieses tagtäglich erfolgen soll, in die Kathegorie des Art. 2277 fällt, so wird man zu dem Unterschiede, warum dort, wo keine solche Feststellung vorhanden ist, aber doch die Entrichtung nach dem Urtheil oder dem Vertrage von Tag zu Tag berechnet werden kann, die fünfjährige Verjährung nicht Statt haben soll, nicht leicht einen haltbaren Grund finden. — Ein besonderer Zweck läßt sich bei dieser Disparität nicht denken, und der allgemeine, der Hauptzweck, greift dort wie hier ein.

Man könnte endlich wohl zu der Idee kommen, dem Periodischen, das heißt der geregelten Wiederkehr zu einer gewissen Zeit, überhaupt nur das Nicht-Periodische, den Fall entgegenzusetzen, wenn es in dem Sachverhältnisse liegt, daß keine geregelte Wiederkehr eintreten könne. — So hat der Rheinische Appellationshof in einem Falle, wo es sich von Prästationen aus Waldungen handelte — bei denen keine solche Wiederkehr Statt haben konnte, — den fraglichen Artikel für unanwendbar erklärt.

So scheint die Frage selbst immer noch nicht erschöpft genug zu seyn, und im Gebiete des Problematischen fortwährend zu schweben. Duranton und Andere haben sie nicht von Grund aus entschieden. Troplong scheint tiefer gedrungen zu seyn. Seine Schrift und manches Andere, was noch erörtert oder berührt werden muß, wird uns veranlassen, den hier abzubrechenden Faden späterhin wieder aufzugreifen.

Z.-B.

Handelsmann. — Tod. — Fallimentserklärung.

Kann der Tod eines Handelsmannes dessen Fallimentserklärung behindern, besonders dann, wenn er seine Zahlungen schon bei Lebzeiten eingestellt hat?

Diese Frage dürfte negative zu beantworten seyn. Der Zustand des Falliments ist eine von dem Leben oder Tode des Falliten ganz unabhängige Thatsache und wenn es sich auch von selbst versteht, daß die nach dem Tode des Gemeinschuldners erfolgende Fallimentserklärung in Ansehung der sonst in Beziehung auf die Person des Falliten eintretenden rechtlichen Folgen von keiner Wirkung seyn kann, so steht doch deshalb der Fallimentserklärung und ihren Wirkungen in Beziehung auf das Vermögen des Gemeinschuldners und die Rechte der Gläubiger an demselben nichts entgegen. So entschied der Pariser Cassationshof am 24. Dezember 1818 (Sirey, 19. 1. 335.), der Appelhof zu Rouen am 23. August 1809 (Sirey, 1807. II. 954) und der Appelhof zu Lyon am 12. August 1828 (Sirey, 29. 2. 105.).

Dieselbe Ansicht hat auch der Königl. Rh. Appellations-Gerichtshof I. Senat am 7. Dezember 1829 in Sachen Herstatt und Consf. gegen Hoffmann (Archiv, XIV. Bd. 1. Abthl. Seite 218) in dem letzten Erwägungsgrunde seines Urtheils ausgesprochen und diese Ansicht findet sich in dem Handbuche von Broicher und Grimm Seite 87 in der Art bestätigt: daß ein Handelmann nach seinem Tode alsdann in Fallitstand erklärt werden könne, wenn bereits vor seinem Tode die Ursache, welche gesetzlich die Fallimentserklärung bedingt, vorhanden war, oder mit andern Worten, wenn er schon bei Lebzeiten seine Zahlungen eingestellt hat.

Amtsversehen. — Staat. — Verantwortlichkeit.

Ist der Staat aus den Amts-Versehen seiner Beamten verhaftet?

Diese Frage ist eine staatsrechtliche und solche Fragen müssen, weil ein Staat nur einerlei Staatsrecht haben kann, überall nach dem Allgemeinen Landrecht beurtheilt werden, ein Grundsatz, den die Legislation bereits zu wiederholten Malen anerkannt und ausgesprochen hat. Nach dem Preußischen Recht ist jene Frage aber unbedenklich zu verneinen. Ein Beamter steht zu dem Staate in dem Verhältnisse eines Mandatars. Den Schaden, welchen ein solcher bei Ausrichtung seines Auftrages einem Dritten zugefügt, hat der Machtgeber nur dann zu vertreten, wenn er einen untüchtigen Mandatar bestellt hat, oder der Auftrag in den Gesetzen mißbilligt ist. (Allgem. Landrecht II. 10. § 75.)

Der letztere Grund kann nicht vorkommen und der erstere gegen den Staat nicht geltend gemacht werden, weil im Allgemeinen Landrecht II. 10. § 75. wegen der Versehen untüchtiger Beamten nur gegen den Vorgesetzten der Regreß zugelassen ist.

Ueberhaupt ist ein Amts-Versehen, wodurch ein Dritter in Schaden gesetzt wird, nur in sofern denkbar, als der Beamte die ihm obliegenden Pflichten außer Acht gelassen hat. Eine jede Vernachlässigung oder

Uebertretung dieser Pflichten ist nothwendig eine Ueberschreitung der Amts-Vollmacht. Fur Ueberschreitungen der Vollmacht ist aber der Machtgeber nie verantwortlich. So stellt sich die Sache nach allgemeinen Grundsätzen, und kein spezielles Gesetz steht entgegen. Im Gegentheile ist bei den Amts-Vergehen der Kollegien nicht von einer Regreßpflichtigkeit des Staats, sondern nur der einzelnen Mitglieder die Rede. (Allgemeines Landrecht II. 10. § 127. seq.)

Es ist ferner in zwei einzelnen Fällen, bei Wege-Bau- und Zoll-Beamten ausdrücklich verordnet, daß für den Schaden, den ein Dritter durch ihre Pflicht-Verletzung, nämlich durch unterlassene Reparatur respective verzögerte Abfertigung erleidet, nicht der Staat, sondern nur der pflichtvergessene Beamte verantwortlich.

(Allgemeines Landrecht II. 15. § 12. und § 119.)

Es ist endlich bei den Jurisdictions-Berechtigten ausdrücklich anerkannt, daß sie für Handlungen und Unterlassungen ihrer Gerichtshalter, welche sie nach Vorschrift der Gesetze bestellt haben, nicht verhaftet sind.

Nach diesen Grundsätzen ist es unbedenklich, daß der Staat für die von seinen Beamten begangenen Amts-Versehen nicht verhaftet ist.

